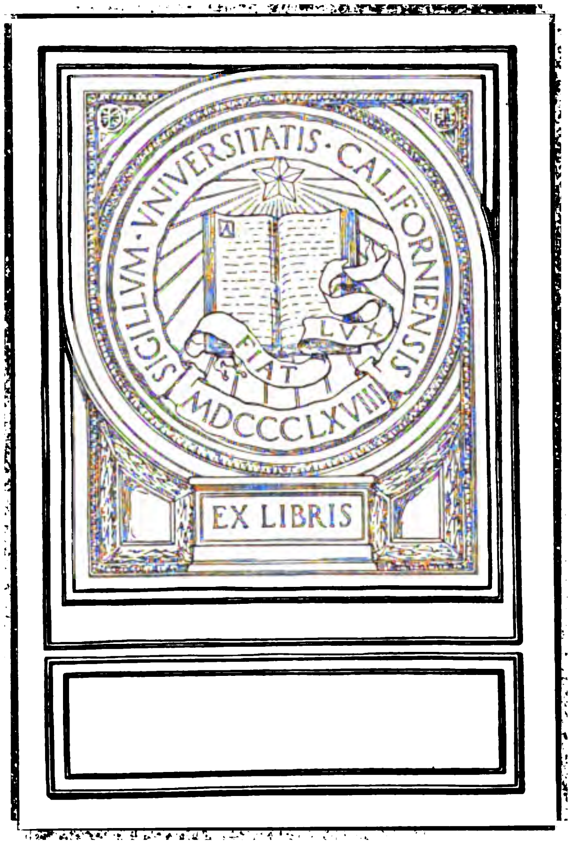

SIGILLVM · VNIVERSITATIS · CALIFORNIENSIS
FIAT LVX
MDCCCLXVIII
EX LIBRIS

Л. ШАЛЛАНДЪ.
Приватъ-доцентъ Императорскаго С.-Петербургскаго Университета.

ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРИРОДА ТЕРРИТОРІАЛЬНАГО ВЕРХОВЕНСТВА.

ИСТОРИКО-ДОГМАТИЧЕСКОЕ ИЗСЛѢДОВАНІЕ.

ТОМЪ I.

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
Типографія Трепке и Фюсно, Максимиліановскій пер., № 13
1903.

ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРИРОДА

ТЕРРИТОРІАЛЬНАГО ВЕРХОВЕНСТВА.

	стран.
Глава вторая. Германцы и франкская монархія	49—62
§ 17. Нашествіе германцевъ	49
§ 18. Территоріальное верховенство въ франкскихъ монархіяхъ. Теорія верховной собственности короля; критика ея	55
§ 19. Средневѣковое дареніе и его ревокабельный характеръ. Происхожденіе ленныхъ отношеній	57
Глава третья. Dominium utile и directum	63—68
§ 20. Конструкція ленныхъ отношеній у глоссаторовъ и феудистовъ	63
§ 21. Средневѣковое понятіе собственности. Частно- и публично-правовой элементы средневѣковаго dominium	66
Глава четвертая. Феодализмъ и Landeshoheit	69—93
§ 22. Территоріальныя дѣленія германскихъ государствъ. Бенефиціарная система	69
§ 23. Эволюція ленныхъ отношеній и усиленіе власти феодаловъ	71
§ 24. Иммунитеты и ихъ значеніе	72
§ 25. Dominium terrae. Понятіе Landeshoheit. Его содержаніе	76
§ 26. Конструкція Landeshoheit какъ dominium directum	80
§ 27. Dominium eminens. Его происхожденіе. Теорія Гуго Гроція. Дальнѣйшая судьба этого понятія	81
§ 28. Imperium eminens	86
§ 29. Остатки ученія о dom. eminens въ современномъ правѣ: *a)* Англійское право	88
§ 30. *b)* Международное право	91
Глава пятая. Политическія воззрѣнія XVII и XVIII вв.	94—112
§ 31. Разладъ между дѣйствительной жизнью и теоріей въ указанный періодъ. „Идеальное" государственное право	94
§ 32. Ученіе монархомаховъ	96
§ 33. Bodin	98
§ 34. Доктрина абсолютизма. Воззрѣнія Людовика XIV, Bossuet, Гоббза	101
§ 35. Гуго Гроцій. Научный споръ въ Германіи относительно существа государственной власти	103
§ 36. Руссо и Кантъ	107
§ 37. Общее заключеніе. Переходъ къ новому времени	111
Раздѣлъ второй. Ученіе о территоріи въ современной доктринѣ государственнаго и международнаго права	113—204
Глава шестая. Ученіе о территоріи въ современной литературѣ государственнаго права	115—127

СТРАН.

§ 38. Конструкція территоріи въ литературѣ начала XIX ст. 115
§ 39. Ученіе v. Gerber'a. Теорія публично-вещнаго права государства на территорію 117
§ 40. Воззрѣнія Laband'a, Heimburger'a и Seydel'я 120
§ 41. Теорія Незабитовскаго и Fricker'a; территорія какъ пространственный предѣлъ властвованія . . . 122
§ 42. Воззрѣнія G. Meyer'a, Preuss'a, Jellinek'a и др. 126

Глава седьмая. Конструкція территоріи въ современномъ международномъ правѣ . . . . 128—145

§ 43. Воззрѣніе на международное право, какъ на естественное право, перенесенное на отношенія между государствами. Цивилистическое направленіе въ этой наукѣ и его причины 128
§ 44. Вещная конструкція территоріи въ болѣе ранней литературѣ. Теоріи G. Fr. de Martens'a и E. Ortolan 133
§ 45. Современная литература 137
§ 46. Продолженіе 141

Глава восьмая. Юридическая природа территоріальнаго верховенства . . . . 146—193

I. Постановка вопроса 146

§ 47. Что значить „конструкція территоріи"? Отношеніе государства къ вещамъ. Юридическая природа фиска. Публично-правовая собственность . . . . —
§ 48. Международно-правовое отношеніе 150
§ 49. Въ какихъ случаяхъ территоріальныя отношенія регулируются нормами международнаго права? 155
§ 50. Территоріальное верховенство имѣетъ то же содержаніе, какъ во внутреннемъ, такъ и въ международномъ правѣ. Критика противуположнаго воззрѣнія. . . . 157

II. Критика теоріи публичнаго вещнаго права государства на территорію 159

§ 51. Предпосылки этой теоріи. Конструкція территоріальнаго верховенства какъ абсолютное право. Абсолютное право не тожественно съ вещнымъ . . . . —
§ 52. Функціональное различіе между вещью и территоріею. Разборъ воззрѣній Heilborn'a 164
§ 53. Существо вещности 168
§ 54. Доводы, основанные на формальной конструкціи международнаго права. Подведеніе этой системы нормъ подъ ту же категорію, что и частное право. Теорія Л. I. Петражицкаго. Критика этихъ воззрѣній 171
§ 55. Теорія Zitelmann'a. Критика ея 178

СТРАН.

III. Содержаніе понятія территоріальнаго верховенства 182
§ 56. Предварительныя замѣчанія. . . . . —
§ 57. Территорія не можетъ быть одновременно и пространственнымъ предѣломъ властвованія и объектомъ. Логическая несостоятельность противуположнаго воззрѣнія 183
§ 58. Территоріальная власть есть сама государственная власть 186
§ 59. Юридическое значеніе территоріи. Ея разграничительная функція. 188
§ 60. Продолженіе 189
§ 61. Заключеніе 192

Глава девятая. Территоріальное верховенство во внутреннемъ правѣ . . . . 194—204

§ 62. Дѣленіе государственной территоріи на округа. Объявленіе мѣстности въ осадномъ положеніи. 194
§ 63. Безхозяйныя вещи, adespota. 196
§ 64. Власть надъ иностранцами 198
§ 65. Экспропріація 199
§ 66. Необитаемыя земли. 201
§ 67. Заключеніе 203

Раздѣлъ третій. Территоріальное верховенство и отдѣльные институты международнаго права . . . . 205—305

Глава десятая. Принятіе и высылка иностранцевъ. . 207—211

§ 68. Постановка вопроса въ прежнее время и въ болѣе ранней литературѣ 207
§ 69. Современныя теоретическія воззрѣнія и практика цивилизованныхъ государствъ 209

Глава одиннадцатая. Международные сервитуты . . 212—237

§ 70. Публичные сервитуты. Ихъ происхожденіе 212
§ 71. Перенесеніе понятія сервитута въ международное право 213
§ 72. Различные оттѣнки этого понятія въ литературѣ . . . 215
§ 73. Международный сервитутъ, какъ ограниченіе публично-вещнаго права государства на территорію. Критика этого воззрѣнія. 219
§ 74. Продолженіе 222
§ 75. Продолженіе 224
§ 76. Разборъ важнѣйшихъ случаевъ такъ называемыхъ международныхъ повинностей 226
§ 77. Противники теоріи международныхъ сервитутовъ. . . 233
§ 78. Междугосударственные сервитуты, какъ ограниченіе вещныхъ правъ фиска 235

СТРАН.

Глава двѣнадцатая. Залогъ территорій . . . . 238—244
§ 79. Залогъ прирейнскихъ городовъ въ средніе вѣка. Корсика 238
§ 80. Трактатъ 1803 г. между Швеціей и Мекленбургъ-Шверинομъ и залогъ г. Висмара 240

Глава тринадцатая. Аренда въ международномъ правѣ . . . . 245—256
§ 81. Африканскіе договоры 1894 г. 245
§ 82 Договоры 1898 г. съ Китаемъ 247
§ 83. Юридическое положеніе Квантунскаго полуострова, Kiao-Чу и прочихъ арендованныхъ областей. Теорія „скрытой уступки" 248
§ 84. Воззрѣнія Jellinek'а 252
§ 85. Юридическая природа арендныхъ отношеній 253
§ 86. Наемъ земель въ международныхъ отношеніяхъ 256

Глава четырнадцатая. Пріобрѣтеніе территоріальнаго верховенства . . . . 257—305

I. Историческое развитіе 257
§ 87. Средніе вѣка и феодальные способы пріобрѣтенія территорій . . . . —
§ 88. Воззрѣнія Гуго Гроція 259
§ 89. Дальнѣйшее развитіе ученія о пріобрѣтеніи верховенства. G. Fr. de Martens и Schmeltzing . . . 261

II. Современное положеніе вопроса 264
§ 90. Господствующая конструкція. Воззрѣнія Ф. Ф. Мартенса и Rivier . . . . —
§ 91. Ученіе Heimburger'а 265
§ 92. Новѣйшее направленіе 266

III. Критическій обзоръ отдѣльныхъ способовъ пріобрѣтенія территоріальнаго верховенства 269
§ 93. Предварительное замѣчаніе . . . . —
§ 94. Приращеніе, accessio 270
§ 95. Продолженіе. 272
§ 96. Insulae natae 274
§ 97. Мѣна, купля-продажа, дареніе 278
§ 98. Рѣшеніе третейскаго суда. 282
§ 99. Давность. —

IV. Юридическая природа территоріальныхъ пріобрѣтеній 284
§ 100. Дѣлимость территоріи при старомъ режимѣ . . . . . —
§ 101. Современный принципъ недѣлимости территоріи и его значеніе 285

СТРАН.

§ 102. Всякое территоріальное пріобрѣтеніе есть измѣненіе самого государства 288
§ 103. Воззрѣніе Гейльборна. Критика его. 290
§ 104. Послѣдствія территоріальныхъ измѣненій 293

V. Международноправовые титулы пріобрѣтенія верховенства. . . 294

§ 105. Схематическій обзоръ . . . . —
§ 106. Оккупація 296
§ 107. Цессія или уступка 298
§ 108. Уступка государствомъ всей своей территоріи. . . . 300
§ 109. Завоеваніе 303

ЗАМѢЧЕННЫЯ ПОГРѢШНОСТИ.

Стр.	Строка.	Напечатано:	Должно быть:
16	3 сверху	понятія	конструкціи
21	15 „	возрожденіе.	рожденіе
42	18 „	изучало	играло
49	2 „	комплектъ	комплексъ
50	13 „	особаго	особеннаго
80	10 „	пришлось	они вынуждены были
98	1 „	родъ universitas	universitas
109	8 снизу.	contiguës	contigües
193	12, 13 „	еще будетъ продолжать	продолжаетъ
238	4 сверху	зрѣніе	зрѣнія
„	9 „	владѣнія надъ данной.	владѣнія данной

ВВЕДЕНІЕ.

ВВЕДЕНІЕ.

§ 1. Съ понятіемъ территоріи приходится оперировать какъ въ государственномъ, такъ и въ международномъ правѣ. Здѣсь, видное мѣсто занимаетъ ученіе объ оккупаціи, о цессіи, о завоеваніи, о такъ называемыхъ международныхъ сервитутахъ и т. п.; тамъ, анализъ юридической природы государства предполагаетъ, для своей полноты, выясненіе соотношенія, существующаго между отдѣльными его элементами—властью, населеніемъ, территоріей. Тѣмъ не менѣе, едва ли, въ области публичнаго права, найдется другой вопросъ, который былъ бы до такой степени мало разработанъ и скудно освѣщенъ научной критикой, какъ ученіе о существѣ территоріальнаго верховенства. За весьма немногочисленными исключеніями, теоретики государственнаго права удѣляютъ ему лишь незначительное мѣсто, ограничиваясь краткими замѣчаніями, по бóльшей части мало касающимися существа дѣла. О территоріи въ учебникахъ обыкновенно трактуется мимоходомъ, какъ бы для очистки совѣсти; монографическая же литература болѣе чѣмъ бѣдна и не охватываетъ вопроса во всемъ его объемѣ.

Въ доктринѣ международнаго права—дѣло обстоитъ еще хуже. Принципіальныя изысканія отсутствуютъ совершенно; территорія вполнѣ уподобляется вещи, и соотвѣтственно этому въ область междугосударственныхъ отношеній цѣликомъ переносятся цивильно-правовыя конструкціи. Самостоя-

1*

тельной работы здѣсь не найти; какъ бы по инерціи, доктрина идетъ по протореннному пути, не силясь даже раздвинуть установленныя традиціей рамки. Въ трудахъ даже новѣйшихъ международниковъ съ фотографической точностью воспроизводятся тѣ самыя воззрѣнія, которыя еще сто лѣтъ тому назадъ считались послѣднимъ словомъ юридической мудрости.

Подобное отношеніе къ вопросу, самому по себѣ крайне важному и сложному, находитъ себѣ объясненіе въ цѣломъ рядѣ причинъ. Для теоретиковъ государственнаго права центральнымъ понятіемъ, затмевающимъ до извѣстной степени другія, является государственная власть. Изслѣдованіе ея природы составляетъ главную задачу государствовѣдовъ, и передъ этимъ элементомъ государства какъ бы стушевываются другіе. Что же касается международнаго права, то эта наука издавна отличается крайнимъ консерватизмомъ. Новыя идеи, новыя теоретическія построенія проникаютъ сюда лишь съ большимъ трудомъ. Во многихъ областяхъ доктрина международнаго права какъ бы застыла на точкѣ замерзанія, и тогда какъ въ другихъ родственныхъ ей дисциплинахъ происходятъ оживленная борьба и смѣна направленій и мучительное, подчасъ, исканіе новыхъ путей, здѣсь царятъ величавое спокойствіе и непоколебимая вѣра въ незыблемость исконныхъ формулъ и шаблоновъ. Подобные прежнимъ бардамъ, изъ устъ въ уста передававшимъ другъ другу творенія народнаго эпоса, международники свято хранятъ преданіе старины, какъ бы стараясь по возможности менѣе исказить то, что завѣщано ихъ предшественниками. Фактическій матеріалъ накопляется, детали разрабатываются — но въ области основныхъ вопросовъ наука отстаетъ отъ жизни. Правда, значительный запасъ энергіи былъ затраченъ на борьбу съ такъ называемыми „отрицателями“; приходилось доказывать свое право на существованіе и парировать удары тѣхъ, для коихъ „право безъ

силы мечта". На это ушло не мало времени и труда. Но теперь, въ наши дни, вопросъ о положительномъ характерѣ международнаго права можетъ считаться безповоротно рѣшеннымъ въ утвердительномъ смыслѣ. Лишь умственная слѣпота можетъ нынѣ отрицать фактъ подчиненія праву—если не всѣхъ, то многихъ междугосударственныхъ отношеній; лишь самодовольное невѣжество способно утверждать, что въ этой области царитъ *только* произволъ. При такихъ условіяхъ, казалось бы, главнымъ объектомъ научнаго мышленія должна была бы сдѣлаться сама конструкція нашей дисциплины, обработка ея первичныхъ посылокъ. Однако, до новѣйшаго времени, изслѣдователи съ бо́льшею любовью останавливались на детальномъ разсмотрѣніи отдѣльныхъ институтовъ, на почвѣ практическаго матеріала, чѣмъ на принципіальныхъ изысканіяхъ. И лишь за самые послѣдніе годы былъ предпринятъ пересмотръ самихъ основъ науки международнаго права.

Ученію о территоріи, однако, и новое направленіе удѣлило мало вниманія. Правда, нѣкоторыя стороны его довольно тщательно разработаны въ монографіи Heimburger'a, Der Erwerb der Gebietshoheit, I, 1888. Но изслѣдованіе это, само по себѣ весьма цѣнное, далеко не исчерпываетъ вопроса, да къ тому же и принятая авторомъ отправная точка зрѣнія едва ли—по крайней мѣрѣ на нашъ взглядъ — можетъ считаться правильной. Въ данной области попрежнему царитъ мракъ, и здѣсь, болѣе чѣмъ гдѣ бы то ни было, требуются коренная „переоцѣнка цѣнностей" и пересмотръ обветшалыхъ доктринъ.

§ 2. Неясности и недомолвки начинаются съ перваго же шага. На самомъ дѣлѣ: общепризнано, что въ составъ понятія государства входятъ, въ качествѣ *необходимыхъ* элементовъ, *власть* и *населеніе*. Но обладаетъ ли этимъ качествомъ также и территорія—въ литературѣ до сихъ поръ представляется спорнымъ.

Въ античномъ мірѣ, πόλις, civitas, являлась, по преимуществу, союзомъ людей, связанныхъ общностью вѣрованій. Государство было тамъ, гдѣ были его граждане; оно не имѣло строго опредѣленнаго домицилія, осѣдлости, и подобно тому, какъ семья остается одной и той же, гдѣ бы она въ данный моментъ ни находилась, античный общественный союзъ — чисто личный — не чувствовалъ своей связи съ той или другой территоріей, той или другой мѣстностью. Какъ справедливо замѣчаетъ Jellinek: „Аѳины назывались οἱ Ἀθηναῖοι, Спарта — οἱ Λακεδαιμόνιοι; территоріальному элементу государства древними народами не придавалось никакого значенія" [1]).

§ 3. Въ средневѣковомъ, патримоніально-феодальномъ государствѣ исходнымъ моментомъ государственной и общественной жизни были поземельныя отношенія. Политическіе организмы того времени во многомъ были отличны отъ современныхъ государствъ. Государственная власть всегда соединялась съ фактическимъ могуществомъ, основаннымъ на владѣніи болѣе или менѣе обширными помѣстьями [2]). Сюзеренъ, строго говоря, былъ лишь вотчинникомъ, облеченнымъ извѣстными правами власти по отношенію къ населявшему его помѣстья люду. Nulle terre sans seigneur— и притомъ, какъ говоритъ Beaumanoir, „çascuns barons est sovrains en sa baronnie" [3]). Самая государственная власть мыслилась не какъ совокупность *всѣхъ* верховныхъ правъ, а какъ аггрегатъ, болѣе или менѣе полный, тѣхъ или иныхъ правомочій; — основой же всѣхъ правъ, суверенныхъ и другихъ, была земля, поземельная собственность.

При такомъ положеніи вещей, само собою разумѣется, что территорія, матеріальный субстратъ составлялъ не только

---

[1]) Allgemeine Staatslehre, 1900, S. 282. О римскомъ міровоззрѣніи см. ниже, гл. I.

[2]) См. ниже, Гл. IV и V.

[3]) Coutumes de Beauvoisis, éd. Beugnot, II, p. 22.

существенную принадлежность государства, но и его первичное предположеніе. Личность собственника (государя) отступала на второй планъ: важно было то, *чѣмъ* онъ владѣетъ. Вся государственная жизнь, весь публично-правовой строй были лишь отраженіемъ частныхъ отношеній; власть конструировалась какъ принадлежность земли, и господствующимъ было территоріальное начало.

§ 4. Патримоніальная теорія государства породила, съ теченіемъ времени, доктрину абсолютизма. Съ этой послѣдней точки зрѣнія государство отождествляется съ лицомъ правителя, который мыслится въ качествѣ верховнаго обладателя всего того, что составляетъ общественно-государственный союзъ.

Свое крайнее выраженіе это направленіе нашло себѣ въ извѣстныхъ инструкціяхъ Людовика XIV своему сыну: „Vous devez être bien persuadé que les rois sont seigneurs absolus et ont naturellement la disposition pleine et libre de tous les biens qui sont possédés, aussi bien par les gens d'Église que par les séculiers, pour en user en tout comme de sages économes“ [1]), и въ афоризмѣ: l'État — c'est moi.

Конструкціи государства, отождествляющія это послѣднее съ лицомъ правителя, какъ извѣстно, не переводятся и по настоящее время. Воскресли онѣ недавно вновь въ теоріяхъ Seydel'я и Bornhak'а [2]). Для перваго изъ нихъ государь и государство относятся другъ къ другу какъ собственникъ къ его имуществу [3]): государство есть объектъ обладанія, объектъ власти. У второго — Борнгака — го-

---

[1]) Oeuvres de Louis XIV, I, p. 93. Cp. Bossuet, Politique tirée de l'Écriture, liv. VI, art. I^er, 1^re prop.: On doit au prince les mêmes services qu'à sa patrie. Personne n'en peut douter après que nous avons vu que *tout l'État est en la personne du prince.*

[2]) О другихъ (немногочисленныхъ) писателяхъ этого направленія см. Н. Коркуновъ, Указъ и законъ, 1894, стр. 111 слѣд.

[3]) Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre, 1873, S. 4: Staat und Herrscher sind so sehr zweierlei, wie Eigenthum und Eigenthümer.

сударство и властитель — покрывающія другъ друга понятія — и формула „короля солнца“ признается единственно правильной, единственно возможной [1]). Съ этой точки зрѣнія, территорія играетъ ту же самую роль, какая въ эпоху ленныхъ отношеній выпадала на долю поземельной собственности: она является матеріальной подкладкой, фактическимъ предположеніемъ государства. Такъ, для Зейделя государство и властитель (Herrscher) находятся въ такомъ же соотношеніи, какъ собственникъ и предметъ обладанія. Основными же реквизитами государства (begriffliche Erfordernisse) являются: 1) территорія (Land) и населеніе, которыми 2) управляетъ высшая воля [2]).

Съ неменьшей энергіей подчеркиваетъ Борнгакъ существенное значеніе территоріи для понятія государства. Нѣтъ, говоритъ этотъ авторъ [3]), государства безъ опредѣленнаго, отмежеваннаго пространства земной поверхности; — какъ разъ территоріальное основаніе и отличаетъ государство отъ кочующаго племени и отъ народа, который, покинувъ свое прежнее мѣстожительство, ищетъ себѣ новаго. И такое пониманіе дѣла несомнѣнно находится въ органической связи съ общими взглядами Борнгака, т. е. съ конструкціей государства въ качествѣ объекта, подчиненнаго высшей, надъ нимъ стоящей волѣ.

§ 5. Къ инымъ результатамъ должны неизбѣжно приходить тѣ теоріи, которыя отождествляютъ государство съ

---

[1]) Preussisches Staatsrecht, I, 1888, S. 65: Staat und Herrscher sind identische Begriffe. Den einzig richtigen Ausdruck hat Ludwig XIV diesem monarchischen Principe gegeben in seinem viel verkannten Ausspruche „l'État c'est moi“. Впрочемъ въ Allgemeine Staatslehre, 1896, S. 1, B. вынужденъ сознаться, что „dem allgemeinen, seit menschenaltern eingebürgerten Sprachgebrauche wird es aber entsprechen den Staat nicht als Objekt einer über ihm stehenden Herrschaft, sondern selbst als Subjekt dieser Herrschaft zu bezeichnen“. Необходимо, однако, замѣтить, что всѣ разсужденія B. относятся къ монархіямъ, хотя бы и конституціоннымъ (но не парламентарнымъ).

[2]) Grundzüge, S. 4.

[3]) Allgemeine Staatslehre, 1896, S. 69.

другимъ его элементомъ — населеніемъ. Это отождествленіе составляло характерную черту такъ называемой школы „народнаго суверенитета", находившейся въ тѣсной связи съ раціоналистическимъ ученіемъ объ естественномъ правѣ [1]). Съ этой точки зрѣнія, существо государства, построеннаго на договорномъ началѣ, заключается въ наличности извѣстныхъ отношеній между людьми. Территоріальныя рамки, при этомъ, отступаютъ на второй планъ. По совершенно вѣрному замѣчанію Еллинека во всѣхъ опредѣленіяхъ, даваемыхъ сторонниками Naturrecht'а о территоріи не упоминается вовсе [2]). Для примѣра приведемъ нѣсколько такихъ опредѣленій.

Такъ, для J. Althusius'а государство есть universalis publica consociatio qua civitas et provinciae plures ad jus regni mutua communicatione rerum et operarum mutuis viribus et sumptibus habendum, constituendum, exercendum et defendendum se obligant [3]).

Г. Гроцій даетъ слѣдующее опредѣленіе: est autem civitas coetus perfectus liberorum hominum, juris fruendi et communis utilitatis causa societatus [4]). Для Пуфендорфа [5]) civitas definitur, quod sit persona moralis composita, cujus voluntas ex plurium pactis implicita et unita pro voluntate omnium habetur.

Съ аналогичной конструкціей мы встрѣчаемся, впрочемъ, и у нѣкоторыхъ новѣйшихъ писателей. Такъ, напр., Bornhak утверждаетъ, что въ парламентарной монархіи и въ республикѣ понятія народа и государства — совпадаютъ: „hier

[1]) См. R. Treumann, Die Monarchomachen, 1895, S. 26: Die Stillschweigende Prämisse jedes Herrschaftsvertrages ist die Volkssouveränetät. Die Selb-tbeständigkeit des Vertrages selbst begründete man mit dem Glauben an ein Naturrecht.

[2]) Allg. Staatslehre, 364.

[3]) См. Gierke, Johannes Althusius und die Entwickelung der naturrechtlichen Staatstheorien, 1880, S. 25.

[4]) De Jure Belli ac Pacis, Lib. I. Cap. 1, 14,1.

[5]) De officiis hominis et civis, II, cap. IV, § 10.

sind Staat und Volk, Staatssouveränetät und Volkssouveränetät identische Begriffe“ [1]).

§ 6. Всѣмъ этимъ конструкціямъ, однако, новое время противопоставило другую, зиждящуюся на формальной равноправности всѣхъ трехъ элементовъ государства. Въ общемъ, несомнѣнно, что какъ патримоніальная, такъ и естественно-правовая точки зрѣнія окончательно отжили свой вѣкъ. Воззрѣнія, подобныя тѣмъ, которыя проводятся Зейделемъ и Борнгакомъ, лишь спорадически появляются въ литературѣ: это—отголоски минувшей старины, имѣющіе научную цѣнность — иногда — лишь въ качествѣ реакціи противъ тѣхъ или иныхъ увлеченій, впадающаго въ крайность абстрактно-теоретическаго направленія. Но самостоятельнаго значенія за упомянутыми воззрѣніями признано быть не можетъ. Для современнаго юриста понятіе государства складывается изъ *трехъ* элементовъ, при чемъ отсутствіе одного изъ нихъ лишаетъ данный союзъ существеннаго признака и превращаетъ его въ единеніе другого порядка, чѣмъ государство. Эта тѣсная и неразрывная связь отдѣльныхъ элементовъ государства коррелятивна понятію единства и недѣлимости [2]), ибо единство предполагаетъ взаимодѣйствіе и нераздѣльность составныхъ частей политическаго организма [3]).

Такимъ образомъ, признаніе за территоріей качества существеннаго признака государственнаго союза является, казалось бы, логическимъ и необходимымъ послѣдствіемъ современнаго пониманія государства.

Въ литературѣ, однако, это далеко не всѣми сознается съ достаточною ясностью, и сторонниковъ противоположнаго воззрѣнія довольно много и по настоящее время. Это обстоятельство налагаетъ на насъ обязанность подробнѣе оста-

---

[1]) Preussisches Staatsrecht, I, S. 64.

[2]) Jellinek, Allg. Staatslehre, 362: Kraft der Einheit und Untheilbarkeit des Staates, sind auch seine Elemente einheitlich und untheilbar.

[3]) О «недѣлимости» государства см. ниже, раздѣлъ первый.

новиться на анализѣ вопроса — но предварительно намъ необходимо, во-первыхъ, дать ему ясную и опредѣленную постановку и, во-вторыхъ, выяснить связь, существующую между важнѣйшими конструкціями самаго понятія государства и ученіемъ о территоріи.

Ad 1) Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что ни одно государство не можетъ существовать внѣ условій времени и пространства.

Гдѣ-нибудь, на *какой-нибудь* территоріи оно должно быть расположено. Территорія, такимъ образомъ, является безусловнымъ *фактическимъ* предположеніемъ всякаго общественнаго строя, равно какъ и человѣкъ не можетъ жить безъ воздуха и предметовъ окружающаго его міра. Но юридическое понятіе лица — субъекта правъ и обязанностей — независимо отъ матеріальныхъ условій физическаго существованія: въ число *признаковъ* субъекта права мы, конечно, не введемъ ни воздуха, ни кислорода.

Вопросъ, такимъ образомъ, можетъ итти только о томъ, насколько государству нужна *опредѣленная* территорія [1]), опредѣленный пространственный предѣлъ, или, другими словами, насколько территорія является *существеннымъ* признакомъ, т. е. такимъ признакомъ, который необходимъ для *юридической* конструкціи государства.

Вопросъ этотъ имѣетъ далеко не одно только академическое значеніе; напротивъ того, отъ разрѣшенія его въ томъ или другомъ смыслѣ въ значительной степени зависитъ внутренняя структура многихъ публично-правовыхъ институтовъ. Не забѣгая впередъ, укажемъ пока, въ качествѣ примѣра, на ученіе о территоріальныхъ измѣненіяхъ. Съ точки зрѣнія той теоріи, для которой территорія существенный элементъ государства, всякое увеличеніе или уменьшеніе таковой есть вмѣстѣ съ тѣмъ и *измѣненіе* политическаго

---

[1]) Cp. Rehm, Allg. Staatslehre, 1899, S. 63, Anm. 8.

организма; для тѣхъ же, кто видитъ въ государственной области лишь фактическое предположеніе, внѣшнее условіе существованія—утрата даже значительной части территоріи (или пріобрѣтеніе таковой) не отражается на самомъ государствѣ. Въ дальнѣйшемъ изложеніи намъ придется подробно остановиться на этихъ сложныхъ вопросахъ, здѣсь же мы объ нихъ упоминаемъ лишь для того, чтобы показать, насколько, сама по себѣ, важна та или другая точка зрѣнія.

§ 7. Ad 2) Въ нашу задачу, само собою разумѣется, не входитъ критическій анализъ всѣхъ существующихъ конструкцій государства. Въ монографіи, посвященной спеціальной публично-правовой проблемѣ, возможно лишь попутно остановиться на главнѣйшихъ, типичныхъ теоріяхъ и выяснить ихъ отношеніе къ изучаемому вопросу.

Если отбросить частности, обусловливаемыя индивидуальнымъ міровоззрѣніемъ даннаго автора, и обратить вниманіе только на основныя и существенныя черты, можно отмѣтить, по крайней мѣрѣ въ современной наукѣ публичнаго права, три главнѣйшихъ теченія [1]).

Безусловно господствующимъ въ настоящее время является то воззрѣніе, которое въ государствѣ видитъ *личность*, одаренную правами и способную имѣть обязанности [2]), воля коей отлична отъ воли гражданъ, входящихъ въ его составъ. Государство, такимъ образомъ, мыслится какъ коллективное лицо (Gesammtpersönlichkeit), какъ личность второго порядка.

Но и при такой общей отправной точкѣ зрѣнія возможны двѣ разновидности при конструкціи понятія личности.

---

[1]) Всѣ контроверзы о юридической природѣ государства предполагаются извѣстными. Это избавляетъ насъ отъ обязанности приводить имена сторонниковъ отдѣльныхъ теорій, во всѣхъ ихъ разновидностяхъ. Равнымъ образомъ въ нашу задачу не входитъ критическая оцѣнка существующихъ мнѣній.

[2]) Господствующимъ признается оно и тѣми авторами, которые держатся противоположнаго направленія, см., напр., Аффольтеръ, Основныя черты общаго государственнаго права, пер. Ивановскаго, 1895, § 5.

И эти разновидности лежатъ въ основѣ двухъ теченій, раздѣляющихъ современную науку на два крупныхъ и другъ другу враждебныхъ лагеря.

Личность можетъ пониматься либо какъ реальная, конкретная сущность, либо какъ отвлеченное понятіе.

Въ первомъ случаѣ мы имѣемъ дѣло съ такъ называемой органической теоріей государства, во второмъ съ теоріей (абстрактной) личности въ тѣсномъ смыслѣ слова.

Остановимся сперва на органическомъ воззрѣніи.

Съ этой точки зрѣнія государство столь же реально, какъ и всякое живое существо; также, какъ и человѣкъ, оно имѣетъ тѣло, духъ, волю (реальную). При такомъ взглядѣ на вещи взаимодѣйствіе и взаимная зависимость отдѣльныхъ элементовъ политическаго организма — принципіально необходимы. Подобно тому, какъ человѣкъ не можетъ существовать безъ тѣлесной оболочки, точно также и государство немыслимо безъ территоріи. И дѣйствительно, эта точка зрѣнія безусловно господствуетъ у представителей органической школы: съ полной ясностью и при полномъ сознаніи всѣхъ ея неизбѣжныхъ послѣдствій проведена она у Preuss'а [1]) и Bansi [2]) [3]).

Критикуя воззрѣнія Laband'а и его единомышленниковъ, первый изъ названныхъ авторовъ замѣчаетъ, что основная ошибка его противниковъ заключается въ томъ, что эти послѣдніе разсматриваютъ оба элемента государства — личный и пространственный — какъ сосуществующіе, отвергая ихъ взаимодѣйствіе [4]). Подобно тому какъ человѣкъ не есть

[1]) Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften. 1889.

[2]) Die Gebietshoheit als rein staatsrechtlicher Begriff durchgeführt, 1897.

[3]) Мы приводимъ именно этихъ авторовъ потому, что они обращаютъ спеціальное вниманіе на юридическую природу территоріальнаго верховенства и вслѣдствіе этого являются наиболѣе типичными представителями разсматриваемаго направленія.

[4]) „Dieser Fehler besteht darin, dass man jene beide Elementen, das persönliche und das räumliche, Land und Leute, stets als unverbunden neben einander liegend betrachtet“. Op. cit., 285.

сумма двухъ слагаемыхъ: души и тѣла, а напротивъ того, представляетъ изъ себя одухотворенное тѣло (beseeltes Körper) или воплотившійся духъ (verkörperte Seele), точно также и сущность государства заключается во взаимодѣйствіи, во взаимномъ проникновеніи территоріи и населенія [1]).

Точно также и Банзи рѣзко подчеркиваетъ то положеніе, что территорія должна быть составной частью государственной организаціи. Поэтому, когда какой-либо народъ покидаетъ свою территорію, онъ тѣмъ самымъ перестаетъ быть государствомъ [2]).

Иначе обстоитъ дѣло съ тѣмъ воззрѣніемъ, которое усматриваетъ въ государствѣ абстрактную (или фиктивную) личность [3]). Здѣсь, въ основныхъ посылкахъ самой теоріи намъ не найти прямого отвѣта на интересующій насъ вопросъ. Ученіе о государственной личности даетъ скорѣе анализъ понятія государственной *власти*, чѣмъ конструкцію государства. На первомъ планѣ здѣсь — взаимодѣйствіе правительственныхъ силъ, выясненіе существа государственной воли и способовъ проявленія ея во внѣ; соотношенію отдѣльныхъ элементовъ удѣляется мало вниманія, при чемъ оно не предопредѣляется юридической структурой власти, тѣмъ или другимъ пониманіемъ „личности" государства [4]).

То же самое слѣдуетъ сказать и о всѣхъ тѣхъ теоріяхъ государства, которыя усматриваютъ въ этомъ послѣднемъ реальное явленіе, а не юридическое понятіе. Для такъ на-

[1]) ...denn der Staat ist nicht die Summe der Addenten: Volk und Gebiet, vielmehr kann sein Wesen nur begriffen werden als das eines bevölkerten Gebiets oder eines in dem Gebiet organisirten Volkes, d. h. einer Gebietskörperschaft. Loc. cit., 289.

[2]) Op. cit., 60, 61.

[3]) Мы не будемъ говорить о разновидностяхъ этого ученія, въ частности о различіи между учрежденіемъ (Anstalt) и корпораціей (Körperschaft), такъ какъ эти разновидности на постановку вопроса о территоріи не вліяютъ.

[4]) Разсужденія Inama-Sternegg, Zeitschrift f. die gesammte Staatswissenschaft. 1870, S. 330 ff., доказывающаго обратное, отличаются крайней неопредѣленностью и мало убѣдительны.

зываемыхъ „реалистовъ“, государство есть фактъ, нѣчто реальное, „не обозначающее собою точно опредѣленнаго юридическаго понятія“ [1]). „Государство возникаетъ всякій разъ какъ совокупность индивидуумовъ объединяется юридически самостоятельною властью“ [2]).

Но если это такъ, то и соотношеніе элементовъ государства не можетъ зиждиться на твердыхъ юридическихъ началахъ. Основныя правовыя свойства государства [3]) какъ таковаго перестаютъ быть понятными или по крайней мѣрѣ теряютъ характеръ логическихъ консеквенцій изъ понятія государства. Если существо этого понятія состоитъ въ фактическомъ состояніи властвованія, то этимъ, само собою разумѣется, не предрѣшается вопросъ объ отношеніи государства къ территоріи; территорія можетъ быть необходимымъ реквизитомъ государства, но можетъ имъ и не быть: это вопросъ факта, исторической преемственности, реальныхъ условій существованія общественныхъ союзовъ. И поэтому мы у представителей этого направленія, равно какъ и у сторонниковъ теоріи личности, встрѣчаемся съ самыми разнообразными взглядами по данному вопросу.

Такой же нейтральный, такъ сказать, характеръ носитъ и то воззрѣніе, для котораго государство есть юридическое отношеніе. Съ этой точки зрѣнія существо государственнаго союза заключается въ специфическомъ характерѣ связи, существующей между его участниками. Эта связь есть отношеніе властвованія, Herrschaftsverhältniss, субъектомъ котораго являются всѣ участники государственнаго общенія, а объ-

---

[1]) Аффольтеръ, op. cit., 12.

[2]) В. Ивановскій, Къ вопросу о природѣ государства, въ Журналѣ Междун. и Госуд. права, 1897, стр. 194.

[3]) Jellinek, op. cit., 127, совершенно правильно замѣчаетъ, что „weder die Einheit des Staates noch seine Kontinuität können von diesem angeblich realistischen Standpunkt aus begriffen verden“.

ектомъ сама государственная власть [1]). Территорія, съ этой точки зрѣнія, является лишь рамкой, въ которой осуществляется властвованіе, въ составъ понятія государства оно не входитъ, такъ какъ, само по себѣ, отношеніе не нуждается въ матеріальномъ субстратѣ; здѣсь, слѣдовательно, также какъ и въ послѣднихъ разобранныхъ нами теоріяхъ, рѣшеніе вопроса о территоріи не заключается implicite въ самой конструкціи государства и не дается апріорно исходными точками зрѣнія: это рѣшеніе можетъ быть выведено только изъ соображеній иного характера, а именно изъ анализа соотношенія между отдѣльными элементами государства.

§ 8. Намъ предстоитъ теперь войти in medias res самаго вопроса и обратиться къ его юридико-технической сторонѣ. Для этой цѣли необходимо прежде всего остановиться на тѣхъ контроверзахъ, которыя въ данной области существуютъ въ литературѣ [2]).

Если бы научныя теоріи оцѣнивались на основаніи подсчета голосовъ сторонниковъ ихъ, то воззрѣніе, видящее въ территоріи существенный и необходимый признакъ всякаго государственнаго союза, должно было бы считаться единственно правильнымъ. На его сторонѣ, дѣйствительно, находится рѣшительное большинство писателей. Но и въ дѣлѣ науки, какъ и повсюду, часто бываетъ, что господствуетъ большинство, а истина на сторонѣ немногихъ. Поэтому необходимо внимательно остановиться на доводахъ меньшинства и опредѣлить ихъ внутреннюю цѣнность.

Главнымъ оплотомъ тѣхъ ученыхъ, которые не признаютъ за территоріей значенія существеннаго элемента государства, является ссылка на кочевыя племена. „Не подле-

---

[1]) См. Н. Коркуновъ, Русское государственное право, I, § 2; Loening, въ Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 2-ое изд., sub verbo „Staat“.

[2]) Мы остановимся только на новѣйшей, какъ разсматривающей вопросъ съ точки зрѣнія современнаго государственнаго права.

жить никакому сомнѣнію, говоритъ проф. В. Ивановскій что бродячій или кочевой образъ жизни, пережитый, если не всѣми, то очень многими племенами, вовсе не исключаетъ общественной организаціи. При массѣ никѣмъ незанятыхъ земель, отдѣльные роды и племена могли свободно странствовать, останавливаясь лишь временно на болѣе удобныхъ земляхъ" [1]). Аналогичное разсужденіе мы встрѣчаемъ у всѣхъ сторонниковъ разбираемаго воззрѣнія [2]). Несостоятельность его, однако, бросается въ глаза, на что, впрочемъ, неоднократно указывалось въ литературѣ [3]).

На самомъ дѣлѣ, кочующіе народы принадлежатъ къ весьма различнымъ типамъ. Прежде всего, нѣкоторые изъ нихъ странствуютъ внутри какого-либо изъ существующихъ государствъ, какъ, напр., русскіе инородцы. У ихъ начальниковъ и должностныхъ лицъ нѣтъ, само собою разумѣется, самостоятельной власти, а лишь делегированная тѣмъ политическимъ союзомъ, подданными котораго они являются.

Но бродячія племена могутъ также занимать такое пространство земли, которое не входитъ въ составъ какого-либо государства. Этотъ случай собственно и имѣется въ виду, когда говорятъ о кочующихъ народахъ съ государственнымъ устройствомъ. Однако и этотъ типъ представляетъ весьма существенныя разновидности. Племена, находящіяся на низшихъ ступеняхъ культуры (напр., охотничьи народы), нуждаются, какъ извѣстно, для существованія въ обширныхъ пространствахъ земли. Истощивъ естественныя богатства одного участка, они перекочевываютъ въ другой, но тѣмъ не менѣе передвиженіе ихъ совершается по *собствен-*

---

[1]) Вышеупомянутая статья въ Журн. Международнаго и Государственнаго права, стр. 190.

[2]) См., напр., Wippermann, Beiträge zum Staatsrecht, I, 1844, § 4; Коркуновъ, назв. соч., I, § 1; Curtius, Ueber Staatsgebiet und Staatsangehörigkeit, въ Archiv f. öffentl. Recht, IX, S. 2.

[3]) См., напр., Fricker, Vom Staatsgebiete, 1867, S. 24 ff.; Rehm, Allgemeine Staatslehre, S. 28; Bansi, Die Gebietshoheit, S. 60 ff.

ной территоріи, въ предѣлахъ такихъ земельныхъ владѣній, которыя они считаютъ *своими*. То обстоятельство, что часть этихъ владѣній остается по временамъ незанятою, существа дѣла не мѣняетъ: эпоха, о которой мы говоримъ — и даже гораздо позднѣйшія — не знаетъ принципа эффективности оккупаціи; тотъ или другой участокъ земли можетъ продолжительное время пустовать и тѣмъ не менѣе составлять собственность племени, его занявшаго. Всякое нарушеніе неприкосновенности границъ, всякій набѣгъ на чужую территорію ведетъ неминуемо къ войнѣ и обыкновенно имѣетъ послѣдствіемъ расширеніе владѣній побѣдителя на счетъ побѣжденнаго. Понятіе территоріи, въ смыслѣ опредѣленія границъ властвованія, такимъ образомъ можетъ существовать и дѣйствительно существуетъ у независимыхъ кочевыхъ народовъ — по крайней мѣрѣ у нѣкоторыхъ изъ нихъ.

Дѣло можетъ, однако, обстоять и иначе. Народъ можетъ находиться въ непрерывномъ движеніи, постоянно передвигаться съ одного мѣста на другое и никакой данной части земного шара не считать „своей". Въ этомъ случаѣ кочевники дѣйствительно не обладаютъ опредѣленной территоріей, но зато они и не составляютъ государства. Общественный союзъ только тогда заслуживаетъ это названіе, когда онъ имѣетъ сколько-нибудь правильную, планомѣрную организацію. Какъ совершенно вѣрно замѣчаетъ Гумпловичъ [1]), „пока организація господства распространяется на племя, ведущее кочевой образъ жизни, бродящее съ мѣста на мѣсто, пока ни господа, ни рабы не имѣютъ постояннаго мѣста жительства, мы еще не называемъ ея государствомъ. Это названіе мы даемъ только той организаціи, которая охватываетъ народъ, имѣющій прочную осѣдлость, осуществляющій, въ отличіе отъ другихъ спеціальныхъ общеній и подобныхъ организацій, территоріальное верхо-

---

[1]) Основанія соціологіи, перев. подъ ред. В. М. Гессена, 1899, стр. 179

венство надъ занятой имъ территоріей". Для государства требуется несомнѣнно извѣстный minimum осѣдлости: только при этомъ условіи можно говорить о государственномъ устройствѣ. „Для государства, говоритъ Банзи [1]), недостаточно мѣстной организаціи, а сама территорія должна быть частью этой организаціи. Это явленіе, между тѣмъ, наступаетъ только тогда, когда часть земной поверхности находится въ исключительномъ обладаніи одного народа, при чемъ обладаніе именно даннымъ участкомъ чувствуется имъ какъ основаніе и предположеніе его общественной жизни". Едва ли можно отрицать это положеніе: орда, постоянно переходящая съ мѣста на мѣсто, не имѣющая ни осѣдлости, ни обзаведенія, не считающая никакой части земного шара своею, глубоко и по существу отличается отъ народа, организованнаго на началахъ территоріальности. И если мы формаціи послѣдняго рода называемъ государствомъ, то подъ этотъ терминъ подводить и союзы перваго представляется несомнѣнной натяжкой, лишающей самое понятіе государства опредѣленности и устойчивости. Почему же тогда не называть государственнымъ союзомъ всякій караванъ, всякую экспедицію, проходящую черезъ необитаемыя земли? Извѣстная организація здѣсь имѣется, начальникъ обыкновенно облеченъ обширными полномочіями: если для государства требуется только власть и подвластные, то чѣмъ подобныя экспедиціи не государства?

Любопытно, что ученіе о государственной организаціи бродячихъ племенъ никогда не переходитъ за предѣлы чисто отвлеченной теоріи. Какъ только дѣло доходитъ до практическаго его примѣненія, именно въ международномъ правѣ, то основное положеніе моментально забывается, и тѣмъ самымъ народностямъ, которыхъ признавали государственными союзами, отказываютъ въ правѣ быть субъектами правъ въ

---

[1]) Loc. cit., 60.

международныхъ отношеніяхъ. Тѣ земли, по которымъ они кочуютъ, признаются годными къ завладѣнію со стороны „настоящихъ“ государствъ, трактаты, ими заключенные съ послѣдними, отказываются подводить подъ рубрику международныхъ [1]).

Совмѣстимо ли такое положеніе вещей со взглядомъ на кочующія племена какъ на истинныя государства? Думаемъ, что едва ли.

Въ общемъ, мы не можемъ не замѣтить, что вся разсматриваемая аргументація въ значительной степени „притянута за волосы“. Территоріи придаютъ значеніе второстепеннаго признака какъ бы для того, чтобы спасти государственность организаціи кочевыхъ народовъ: но позволительно спросить, для чего это нужно?

Впрочемъ, въ новѣйшей литературѣ мы встрѣчаемся съ попыткой дать разбираемому воззрѣнію болѣе принципіальное основаніе. Дѣло въ томъ, что если государство существуетъ независимо отъ своей территоріи, то утрата послѣдней не должна еще, сама по себѣ, вести за собою гибели самого союза. Другими словами, народъ, покидающій свою территорію, не перестаетъ быть государствомъ. Это самое положеніе, expressis verbis, и выставляетъ Curtius [2]). Если бы, говоритъ этотъ ученый, обитатели какого-нибудь маленькаго государства (напр., Лихтенштейна или Монако) вздумали переселиться въ какую-нибудь другую часть свѣта, то притязанія кредиторовъ этого государства послѣдовали бы за ними, тогда какъ занявшіе опустѣвшую территорію не сдѣлались бы непосредственно (ohne Weiteres) (?) отвѣтственными по обязательствамъ своихъ предшественниковъ. Въ данномъ случаѣ всякому стало бы ясно, что государство находится тамъ, гдѣ живутъ люди, а не тамъ, гдѣ помѣщается территорія. Съ этой точки зрѣнія, стало быть, по-

---

[1]) См. ниже главу объ оккупаціи.

[2]) Archiv f. öff. Recht, loc. cit.

рваніе связи съ данной территоріей не видоизмѣняетъ самаго государства, которое, какъ таковое, способно передвигаться и переселяться вмѣстѣ съ его обитателями.

Противъ этого взгляда можно сдѣлать только одно возраженіе, — а именно, что онъ безусловно невѣренъ. Если существуетъ вообще какое-нибудь начало въ международномъ правѣ, которое можетъ считаться непоколебимымъ, то это какъ разъ положеніе, что съ уничтоженіемъ связи между отдѣльными элементами государства исчезаетъ и это послѣднее [1]). Классическими примѣрами „смерти“ политическихъ организмовъ какъ разъ является исчезновеніе территоріи и выселеніе всѣхъ гражданъ. Съ точки зрѣнія положительнаго, международнаго права не подлежитъ никакому сомнѣнію, что, тотъ случай, который имѣетъ въ виду Курціусъ юридически конструируется какъ „смерть“ стараго и „возрожденіе новаго государства“. Поэтому долги „умершаго“ ни въ какомъ случаѣ на „новорожденнаго“ не перейдутъ. Въ этомъ кромѣ названнаго автора никто въ настоящее время не сомнѣвается.

---

[1]) Max Huber, Die Staatensuccession, 1898, S. 6, говоря .о полномъ исчезновеніи государствъ, прямо указываетъ на отпаденіе одного изъ существенныхъ его элементовъ (Komponenten), какъ-то : Untergang des Gebietes durch physische Katastrophen, Untergang des Volkes durch Aussterben. *Zerstreuung, dauernde Vernichtung des rechtlichen Zusammenhangs.* Ullmann. Völkerrecht, 1898, S. 22, указываетъ на эмиграцію или выселеніе населенія какъ на одинъ изъ видовъ «Untergang der Staaten». Фр. Листъ, Международное право, пер. подъ редакц. В. Э. Грабаря, 1902, выставляетъ въ качествѣ юридической аксіомы слѣдующее положеніе, стр. 41: государство возникаетъ какъ только налицо имѣются всѣ три признака, входящіе въ понятіе государства; оно уничтожается какъ только одинъ изъ нихъ отпадаетъ. Ср. Ф. Ф. Мартенсъ, Соврем. межд. право, I, § 67; Phillimore, Commentaries, I, p. 168; Heffter, Völkerrecht, S. 24; Bluntschli, Völkerrecht, § 60; Rivier, Principes du droit des gens, I, p. 65: si le territoire étant anéanti, la population émigrée s'établissait et s'organisait en État sur un territoire sans maître, ou qui lui serait concédé en souveraineté et propriété, il n'y aurait pas permanence de l'État ancien, *mais fondation d'un État nouveau;* Gareis, Institutionen des Völkerrechts, 2 Auf. 1901, S. 66—67. Ссылки можно было бы умножить до безконечности, такъ какъ въ данномъ отношеніи въ литературѣ существуетъ *полное единомысліе.*

Данная Курціусомъ постановка вопроса представляется такимъ образомъ плодомъ недоразумѣнія и находится въ явномъ противорѣчіи съ дѣйствующимъ международнымъ правомъ. Между тѣмъ, это чуть ли не единственная въ литературѣ попытка [1]) дать теоретическое обоснованіе разбираемой теоріи.

На самомъ дѣлѣ, у большинства ея представителей вмѣсто аргументаціи мы встрѣчаемъ простое утвержденіе, — обыкновенно въ весьма категорической формѣ, — что территорія не есть essentiale государства. „Begrifflich, заявляетъ Zorn [2]), ist Land kein Erforderniss des Staates“, но почему это такъ, въ дальнѣйшемъ изложеніи не разъясняется. Даже у тѣхъ авторовъ, которые подробнѣе останавливаются на вопросѣ, единственнымъ аргументомъ является ссылка на кочующіе народы. Между тѣмъ, onus probandi долженъ былъ бы лежать на нихъ, а не на противникахъ этого воззрѣнія. Всѣ существующія государства имѣютъ опредѣленную территорію, государства безъ территоріи или съ непрерывно измѣняющимися границами никто никогда не видалъ: поэтому доказательство того, что юридическое понятіе государства не соотвѣтствуетъ реальному положенію вещей, можетъ и не обнимать той связи элементовъ, которая существуетъ въ дѣйствительности, должно было бы лежать на тѣхъ, которые выставляютъ это положеніе. Но на дѣлѣ оказывается другое: аргументація отсутствуетъ вовсе и сплошь замѣняется голословными утвержденіями.

§ 9. Предыдущее изложеніе привело насъ къ двойному результату. Во-первыхъ, мы убѣдились, что, за немногими исключеніями, современныя конструкціи государствъ и го-

---

[1]) Объ оригинальномъ воззрѣніи Bruno Schmidt, Der Staat, 1896, См. ниже, стр. 27.

[2]) Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, I, 1880, S. 69, № 54. Ср. Waitz, Grundzüge der Politik, 1867, S. 6: «Auch das Land ist von Bedeutung für den Staat; doch bestimmt es nicht seinen Begriff».

сударственной власти сами по себѣ не предрѣшаютъ вопроса о соотношеніи между отдѣльными элементами государства; во-вторыхъ, мы вынуждены были констатировать полную несостоятельность тѣхъ доводовъ, которые приводятся въ литературѣ противъ признанія территоріи существеннымъ государственнымъ признакомъ. Этотъ результатъ, однако,— чисто отрицательнаго характера и, какъ таковой, не можетъ служить основаніемъ для разрѣшенія вопроса въ обратную сторону. На самомъ дѣлѣ, пусть современныя опредѣленія государства и не влекутъ за собой опредѣленныхъ послѣдствій, пусть всѣ эти ссылки на кочевниковъ и номадовъ ничего не доказываютъ, изъ *этого* еще не вытекаетъ съ логическою необходимостью, чтобы безъ территоріи не было государства. Такой выводъ можетъ быть основанъ только на чисто-юридическихъ соображеніяхъ; лишь этимъ способомъ, этимъ путемъ юристъ можетъ дойти до дѣйствительнаго убѣжденія, что опредѣленный пространственный предѣлъ есть необходимое предположеніе всякаго государственнаго союза.

Попытаемся вступить на этотъ путь. Прежде всего мы должны замѣтить, что въ современномъ международномъ правѣ въ данномъ случаѣ не существуетъ рѣшительно никакихъ сомнѣній [1]). Субъектомъ въ области междугосударственныхъ отношеній можетъ быть признанъ лишь такой союзъ, который основанъ на территоріальномъ началѣ [2]). Связь и

---

[1]) Ср. выше, стр. 21.

[2]) Намъ нѣтъ нужды касаться здѣсь контроверзы о томъ, кто вообще является субъектомъ международнаго права—одни ли государства или также и частныя лица, тѣмъ болѣе, что по этому вопросу намъ пришлось уже высказаться въ печати, см. нашу статью «Международно-правовое отношеніе» въ «Вѣстникѣ Права», 1899, октябрь, стр. 35 и слѣд. Совершенно безразлично, существуютъ ли, на ряду съ государствами, и другіе субъекты въ области международныхъ отношеній. Для насъ теперь важно только то, что государство, въ доктринѣ jus gentium, мыслится только въ качествѣ *территоріальнаго* союза. Вопросъ о юридическомъ положеніи папы мы считаемъ возможнымъ оставить безъ разсмотрѣнія.

взаимодѣйствіе трехъ элементовъ (власть, населеніе, территорія) требуются безусловно: все международное право мыслится какъ система нормъ, опредѣляющихъ взаимныя отношенія между самостоятельными *территоріальными* единицами. Не существуй пространственнаго разграниченія, не было бы и международнаго права: на самомъ дѣлѣ, если бы весь земной шаръ (или по крайней мѣрѣ та часть его, которая подчиняется международному праву) составлялъ одно политическое цѣлое, одно государство, то о надгосударственныхъ нормахъ не могло бы быть и рѣчи. Послѣднія необходимо предполагаютъ существованіе единицъ съ территоріально разграниченной и опредѣленной компетенціей [1]). Самое признаніе даннаго союза со стороны членовъ международнаго общенія можетъ послѣдовать только тогда, когда организація власти покоится на территоріальномъ началѣ.

Поэтому, если бы выходцы изъ какого-либо государства, порвавъ связи съ родиной, попробовали занять часть открытаго моря и устроить здѣсь пловучее государство, то, какъ бы ни была совершенна организація союза, какъ бы близко ни подходила эта организація къ политическому строю прочихъ народовъ — нашимъ выходцамъ никогда не составить истиннаго государства, никогда не добиться признанія правъ и положенія участника въ международномъ общеніи. Этому всегда будетъ препятствовать отсутствіе опредѣленной территоріи, ибо, пока господствуетъ принципъ свободы открытаго моря, морскія волны такому требованію удовлетворять не въ состояніи.

---

[1]) По этому вопросу въ литературѣ международнаго права спора *не* существуетъ. Особенно ярко это положеніе подчеркнуто у Ф. Ф. Мартенса, op. cit., I, § 54: «для участія въ международномъ общеніи безусловно необходимо, чтобы данный народъ находился на опредѣленной территоріи и подчинялся организованной политической власти». Ср. Gareis, Institutionen des Völkerrechts, 2 Auf. 1901, S. 48; Walker, Manual of public intern. law. 1895, p. 1, въ особенности p. 3; Фр. Листъ, назв. соч., § 5, и др.

Итакъ, международное право требуетъ отъ государства территоріи: того же должно требовать и право государственное. Категоріи, при помощи которыхъ оперируетъ юриспруденція, не могутъ не быть тождественны во внутреннемъ и во внѣшнемъ правѣ — это съ одной стороны; съ другой несомнѣнно, что международное право пользуется тѣми именно понятіями, которыя оно находитъ готовыми въ правѣ государственномъ[1]). Но вмѣстѣ съ тѣмъ, нельзя отрицать того вліянія, которое фактъ совмѣстнаго существованія многихъ государствъ имѣетъ на самое образованіе этихъ понятій. Это вліяніе особенно легко прослѣдить въ ученіи о территоріи. На самомъ дѣлѣ, если бы на землѣ существовалъ только одинъ политическій союзъ, то территорія служила бы только реальной его основой—также какъ воздухъ, вода и силы природы, *юридическія* же функціи ея отсутствовали бы[2]). Понятіе „границъ" было бы лишено всякаго смысла и значенія — государство властвовало бы повсюду, гдѣ хотѣло или могло; предѣлы господства имѣли бы исключительно фактическій характеръ. Такимъ образомъ правовое очертаніе территорія получаетъ только черезъ призму международнаго права, благодаря множественности наличныхъ политическихъ союзовъ.

Изъ этого именно факта и вытекаетъ необходимость неразрывной связи между государствомъ и его матеріальнымъ субстратомъ; въ немъ заключается истинное юридическое обоснованіе того ученія, которое въ территоріи усматриваетъ существенно — необходимый признакъ государства. Сліяніе между тремя элементами (власть, населеніе, территорія) произошло, если такъ можно выразиться, сверху, подъ давленіемъ надгосударственной необходимости; этимъ какъ разъ и объясняется, что античный міръ, не знавшій ни

---

1) Ср. Holtzendorf, въ Handbuch des Völkerrechts, II, § 1; Ullmann, Völkerrecht, S. 23 ff., 39 ff.

2) Ср. Inama-Sternegg, Die Rechtsverhältnisse des Staatsgebiets въ Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft, 1870. S. 330.

принципа равенства государствъ, ни международнаго общенія, не придавалъ территоріальному началу никакого значенія: — предѣлы власти опредѣлялись фактическимъ мѣстопребываніемъ гражданъ. Точно также и средніе вѣка, съ ихъ частно-правовымъ политическимъ строемъ, не могли подняться до концепціи властвованія ex jure publico, вращающагося въ опредѣленныхъ территоріальныхъ границахъ. Лишь новому времени суждено было создать и новую юридическую атмосферу, новую статику государственныхъ силъ, и вмѣстѣ съ тѣмъ установить прочную, неразрывную связь между государствами и ея матеріальнымъ субстратомъ.

Въ современной литературѣ связь эта, какъ мы уже выше упомянули, сознается весьма живо. Не всегда правильнымъ путемъ [1]), часто принимая слѣдствіе за причину [2]), но съ всевозрастающей энергіей теоретики публичнаго права защищаютъ принципъ „существенности" территоріи [3]). И въ свою очередь это начало является весьма важной предпосылкой для многихъ вопросовъ общей теоріи государства.

§ 10. Въ тѣсной и непосредственной связи съ только что разсмотрѣннымъ стоитъ другое начало, носящее съ легкой руки Fricker'а [4]) названіе принципа „непроницаемости" государственной территоріи, т. е. то положеніе, что въ данныхъ предѣлахъ можетъ существовать только *одно* государство [5]). Казалось бы, это само собою разумѣется. „Перекрещивающихся" государствъ историческая дѣятель-

---

[1]) Сюда слѣдуетъ отнести, напр., разсужденія Inama-Sternegg, loc. cit.

[2]) Такъ, напр., Combothecra, La conception juridique de l'État, 1899, p. 159, утверждаетъ, что «en dehors du territoire elle (la force publique) n'est qu'une simple force matérielle. Il en résulte que l'État n'est une personne souveraine que dans son territoire».

[3]) Laband, Staatsrecht des deutschen Reiches, 1895, I, § 21, считаетъ даже возможнымъ утверждать, что «dass zum Begriff des Staates ein Gebiet erforderlich ist, wird in der Theorie nicht in Zweifel gezogen».

[4]) Ueber Staatsgebiet, S. 17.

[5]) M. Seydel, Bayerisches Staatsrecht, I, § 88; Jellinek, Allgem. Staatslehre, S. 356.

ность не знаетъ: у всякаго наличнаго политическаго организма имѣется свой опредѣленный матеріальный субстратъ, ревниво имъ оберегаемый.

Однако, въ новѣйшей литературѣ мы встрѣчаемся и съ противоположнымъ взглядомъ. Такъ, напримѣръ, Hänel [1]) и Bruno Schmidt [2]) утверждаютъ, что существованіе многихъ суверенныхъ властей на той же территоріи ни въ коемъ случаѣ не слѣдуетъ отнести къ числу невозможныхъ проявленій политической жизни. Эта точка зрѣнія исходитъ изъ воззрѣнія на территорію какъ на несущественный признакъ государства; она предполагаетъ, что безразлично, гдѣ упражняется государственная власть, а важно лишь то, какъ она проявляется [3]).

Подобное рѣшеніе вопроса, однако, не только противорѣчитъ фактамъ, но совершенно не согласуется съ основами

---

[1]) Deutsches Staatsrecht, 1892, I, § 137: «Die Annahme ist ein Irrtum, als ob aus dem abstrakten Begriffe Herrschaft und dem abstrakten Prädikate des «höchsten», «suveränen», die Unmöglichkeit logisch gefolgert werden könnte, dass zwei suveräne Herrschaften auf demselben Territor und für dieselbe Volksgemeinschaft nebeneinander bestehen könnten. In abstrakter Betrachtung lässt sich ohne jeden Widerspruch eine vollkommene sachliche Trennung der Aufgaben und damit des Wirkungskreises zweier Gemeinwesen denken und für jedes dieser Gemeinwesen die Selbstgenugsamkeit, die Anstattung mit allen für seine Aufgaben notwendigen und darum innerhalb seines Wirkungskreises höchsten Rechts-und Machtmitteln».

[2]) Der Staat. Eine öffentlich-rechtliche Studie, 1896, S. 135 ff.

[3]) Schmidt, op. cit., 138, утверждаетъ, что это необходимое послѣдствіе изъ «Genossenschaftsgedanke». Однако, по совершенно справедливому замѣчанію Rehm, Staatslehre, S. 37, эта послѣдняя теорія противуполагается такъ наз. Herrschertheorie, т. е. тому ученію, которое въ государствѣ усматриваетъ объектъ властвованія, и нисколько сама по себѣ не предрѣшаетъ вопроса о значеніи территоріальнаго элемента. Напротивъ того, у одного изъ главнѣйшихъ ея защитниковъ, Hugo Preuss, Gemeinde, Staat, Reich als Gebiets-körperschaften, 1889, различіе между государствами и прочими союзами заключается какъ разъ въ томъ, что первое обладаетъ территоріальнымъ верховенствомъ, тогда какъ оно отсутствуетъ у прочихъ. Слѣдуетъ, впрочемъ, замѣтить, что Schmidt, въ своемъ послѣднемъ изслѣдованіи, Der schwedisch-mecklenburgische Pfandvertrag über Stadt und Herrschaft Wismar, 1901, S. 16, implicite отказывается отъ своего прежняго воззрѣнія, считая невозможнымъ, чтобы нѣсколько государствъ обладали вещными правами надъ той же территоріей.

государственной жизни. Исключительность властвованія въ данныхъ предѣлахъ составляетъ непреложный публично-правовой догматъ. На немъ зиждется самостоятельность государствъ, право отражать всякое нападеніе, всякое вмѣшательство со стороны [1]). Признаніе противоположнаго начала привело бы къ совершенно нелѣпымъ, съ юридической и политической точки зрѣнія, результатамъ. На самомъ дѣлѣ, если бы на той же территоріи существовало нѣсколько государствъ, то не было бы никакой возможности разграничить ихъ компетенцію — и не только потому, что не существуетъ судьи надъ государствами [2]), но и вслѣдствіе того, что нѣтъ такихъ нормъ, которыя могли бы провести въ данномъ случаѣ должную границу. Всякое государственное властвованіе предполагаетъ наличность извѣстнаго пространства, въ которомъ оно, и только оно, можетъ упражняться. И, за крайне немногочисленными исключеніями, о которыхъ мы выше упомянули, всѣ современные мыслители сходятся въ признаніи государства территоріальнымъ союзомъ [3]).

§ 11. Кажущимися исключеніями изъ принципа „непроницаемости" территоріи являются союзное государство и такъ называемые кондоминаты [4]).

И въ томъ и въ другомъ случаѣ, на той же территоріи, какъ будто бы, находятъ себѣ пріютъ два государства. Но это только на первый взглядъ. На самомъ дѣлѣ, союзное

---

[1]) Ср. Inama-Sternegg, loc. cit., 33 ff.

[2]) Jellinek, Staatslehre, S. 356.

[3]) См. Rehm, op. cit., 13 ff.

[4]) Jellinek., op. cit., 357, къ числу этихъ исключеній относитъ также военную оккупацію и тѣ случаи, когда одно государство предоставляетъ другому упражненіе тѣхъ или другихъ правъ въ предѣлахъ его территоріи, т. е. то, что обыкновенно носитъ названіе международныхъ сервитутовъ. На этихъ послѣднихъ мы ниже подробно остановимся. Что же касается военной оккупаціи, то въ настоящее время существо отношеній, ею вызываемыхъ, представляется настолько выясненнымъ, что мы считаемъ возможнымъ не вдаваться здѣсь въ анализъ этого института. Едва ли подлежитъ спору, что власть оккупанта носитъ лишь временный, фактическій характеръ.

государство не состоитъ изъ равноправныхъ, суверенныхъ политическихъ организмовъ [1]); члены союза подчинены центральному правительству, которое и является представителемъ ихъ во внѣ. Въ немъ и сосредоточена полнота тѣхъ функцій, которыя составляютъ существо территоріальнаго верховенства [2]): координація, равноправность, такимъ образомъ, отсутствуетъ, и въ территоріальномъ отношеніи отдѣльныя государства—члены союза—играютъ ту же, приблизительно, роль, что самоуправляющіяся единицы въ любомъ современномъ государствѣ.

Болѣе сложнымъ представляется вопросъ о Condominia. Въ прежнее время, когда государственный строй покоился на частно-правовомъ фундаментѣ, обладаніе той или другой территоріей со стороны двухъ или нѣсколькихъ совладѣльцевъ было явленіемъ весьма частымъ. При этомъ, отношенія регулировались частно - правовыми началами. Съ теченіемъ времени, слѣдуя общей эволюціи публичнаго права, институтъ утратилъ свой первоначальный характеръ и изъ „общей собственности" преобразился въ coimperium, т. е. въ совмѣстное властвованіе на данномъ участкѣ земли [3]). Съ по-

---

[1]) По крайней мѣрѣ съ точки зрѣнія господствующей въ Германіи школы— ср. Горенбергъ, Теорія союзнаго государства въ трудахъ современныхъ публицистовъ Германіи, 1891. Если же признать правильнымъ то, довольно распространенное воззрѣніе, которое отказываетъ членамъ союза въ свойствахъ государства (см., напр., Borel, Étude sur la souveraineté de l'État fédératif, 1886, p. 177, 192; Le Fur, État fédéral et confédération d'États, 1896, p. 680 et suiv.; Combothecra, La théorie juridique de l'État, 1899, p. 149), то, собственно говоря, исчезаетъ и самый вопросъ о condominium, такъ какъ рѣчь уже можетъ только итти о конкуренціи, на данной территоріи, не двухъ государствъ, а лишь *одного* государства (союзнаго) и государствообразныхъ соединеній.

[2]) См. послѣдующее изложеніе. Ср. Jellinek, Staatslehre, S. 357.

[3]) Въ настоящее время сохранилось очень немного кондоминатовъ. Наиболѣе извѣстны слѣдующіе: *а*) К. Пруссіи и Бельгіи надъ общиной Moresnet, установленный Аахенскимъ тр. отъ 26 іюня 1816 г. между Нидерландами и Пруссіей, ст. XVII, см. Ch. de Martens et de Cussy, Recueil manuel de traités, conventions, etc., III, p. 276; *б*) К. Франціи и Испаніи надъ островомъ Фазановъ, дог. 2 декабря 1856 г. ст. 27, см. De Clercq, Traités de la

литической точки зрѣнія, подобное положеніе вещей несомнѣнно представляетъ изъ себя аномалію, но въ юридическомъ отношеніи оно отнюдь не является монстрознымъ и вполнѣ поддается опредѣленной конструкціи. Главнѣйшія начала, опредѣляющія юридическое очертаніе этого института, суть слѣдующія.

1) Condominium можетъ быть только pro indiviso [1])—другими словами у каждаго государства должно быть imperium надъ всей данной территоріей. C. pro partibus divisis въ области публичнаго права—явленіе немыслимое: территорія государства часто не обладаетъ физическимъ единствомъ и отдѣльныя части ея могутъ быть разбросаны по всему земному шару (какъ напримѣръ, у колоніальныхъ государствъ); какая-нибудь географическая единица—островъ, полуостровъ, озеро и т. д.—можетъ быть раздѣлена между нѣсколькими государствами, при чемъ каждому будетъ отмежевана опредѣленная часть. Такъ, напримѣръ, до 1875 г. островъ Сахалинъ принадлежалъ въ части Россіи и въ другой Японіи. Кондоминія, однако, тутъ не было [2]) — за пограничной чертой ни то, ни другое государство не имѣло никакихъ правъ, линія раздѣла являлась межой, отдѣлявшей imperium Россіи отъ imperium Японіи, географическая же обособлен-

---

France, VII, p. 196; *в*) К. прибрежныхъ державъ надъ Боденскимъ озеромъ—по крайней мѣрѣ по мнѣнію M. Seydel, Bayer. Staatrecht, I, S. 335, Caratheodori въ Handbuch des Völkerrechts, II, 1887, S. 380, Rettich, die Völker und staatsrechtlichen Verhältnisse des Bodensees, 1884, и нѣк. др. Большинство новѣйшихъ авторовъ, однако, признаютъ, что водное пространство озера раздѣлено между прибрежными государствами. См. v. Martitz, въ Annalen des Deutschen Reichs, 1885, S. 278 ff., Ullmann Völkerrecht, S. 184, Фр. Листъ, назв. соч., стр. 80, Rivier, Principes du droit des gens, I, p. 145, Rehm, s. v. «Bodensee» въ Handwörterb. der Staatsw.; *г*) На основаніи Вѣнскаго тр. отъ 30 октября 1864 г. Австрія и Пруссія получили К. надъ Шлезвигъ-Гольштиніей и Лауенбургомъ. Совмѣстное владѣніе однако, продолжалось лишь два года; *д*) Прекратившійся въ 1874 г. К. Гановера, позднѣе Пруссіи, и Брауншвейга надъ такъ называемымъ «Kommunionsharz»; *е*) К Пруссіи и княжества Липпе надъ г. Липпштадтъ.

[1]) Seydel, Bayer. Staatsrecht, I, S. 335, утверждаетъ обратное.

[2]) Contra: v. Bulmerincq, Völkerrecht, 1889, S. 280.

ность острова, съ юридической точки зрѣнія, рѣшительно никакой роли не играла.

2) Отношеніе совмѣстнаго властвованія возможно только тогда, когда всѣ субъекты его равноправны, находясь въ состояніи координаціи, а не субординаціи [1]). Поэтому подъ понятіе кондоминія не подходятъ тѣ случаи, когда одно государство уступаетъ другому упражненіе, въ предѣлахъ данной области, тѣхъ или другихъ правъ верховенства [2]), протектората, вассалитета и т. п.

3) Кондоминатъ не можетъ распространяться на всю государственную территорію; напротивъ того, онъ всегда обнимаетъ только извѣстную часть ея и именно потому не противорѣчитъ принципу „непроницаемости" государства. Состоящая въ совмѣстномъ владѣніи область не входитъ въ составъ территоріи того или другого изъ совладѣльцевъ; она качественно разнится отъ этой послѣдней, служа матеріальными рамками для упражненія власти, отличной отъ государственной власти каждаго изъ condomini. На самомъ дѣлѣ, совмѣстная власть слагается изъ стольких элементовъ, сколько государствъ участвуетъ въ кондоминатѣ; въ этомъ заключается специфическая особенность разбираемаго института.

4) Территорія, надъ которой состоитъ кондоминатъ, обязательно должна принадлежать совмѣстнымъ владѣльцамъ.

---

[1]) Ср. совершенно вѣрныя замѣчанія B. Schmidt, Der schew.-meckl Pfandvertrag, S. 16, Anm. 2.

[2]) Неправильно поэтому подводить, какъ это дѣлаетъ Jellinek, Staatslehre, S. 357, подъ понятіе К. Боснію и Герцеговину. Равнымъ образомъ, нельзя усматривать К. въ томъ положеніи, которое было создано на остр. Самоа дог. 14 іюня 1889 г. между Германіей, Англіей и Соединенными Штатами. Вопреки мнѣнію многихъ писателей (Листъ, назв. соч., стр. 70, v. Stengel, Die Rechtsverhältnisse der deutschen Schutzgebiete, 1901, S. 21, Moye, La question des îles Samoa въ Rev. gén. de dr. intern. public, 1899, p. 125 et suiv. и др.), здѣсь было не совмѣстное владѣніе, а совмѣстный протекторатъ, такъ какъ державами признана была наличность законнаго Самоанскаго правительства (вѣрно: Heilborn, Das Völkerrechtliche Protektorat, 1891, S. 88, Ullmann, völkerrecht, S. 186).

Она не можетъ входить въ составъ третьяго государства (см. пп. 2 и 3) и не должна быть terra nullius. Поэтому соглашенія европейскихъ державъ касательно незанятыхъ земель въ Африкѣ („сферы интересовъ") или островов Тихаго океана кондомината не создаютъ [1]).

5) Всякое проявленіе властвованія со стороны совладѣльцевъ должно выражаться въ формѣ *соглашенія* [2]). Ни одинъ изъ нихъ не можетъ проявлять своей воли, если она не совпадаетъ съ волею другихъ косувереновъ. Поэтому всякому распоряженію долженъ предшествовать уговоръ, и всякая норма, обязательная для жителей кондомината, должна опираться на соглашеніи всѣхъ совладѣльцевъ—явленіе, съ юридической точки зрѣнія вполнѣ сходное съ тѣми регулятивами, которыя издаются по соглашенію двухъ или нѣсколькихъ вѣдомствъ: и въ томъ и другомъ случаѣ велѣніе, императивъ является равнодѣйствующей нѣсколькихъ воль, направленныхъ на тотъ же конечный результатъ.

§ 12. Разсмотрѣнными свойствами территоріи, однако, не предрѣшается вопросъ о юридической структурѣ такъ называемаго территоріальнаго верховенства. Какого рода связь существуетъ между властью и матеріальнымъ субстратомъ государства? Каково взаимоотношеніе его элементовъ?

---

[1]) Типичнымъ примѣромъ являются о-ва Новыя-Гебриды, которые нѣкоторыми писателями признаются состоящими подъ К. Франціи и Англіи (Листъ, loc. cit., Politis, La condition internat. des Nouvelles-Hébrides въ Rev. gén. de dr. intern. public, VIII (1901), №№ 2 et 3; Masson, La question des Nouv.-Hébr., 1900). Это мнѣніе, однако, неправильно. На основаніи договора 16 ноября 1887 г. и деклар. 26 января 1888 г., образована особая смѣшанная коммисія изъ двухъ французскихъ и двухъ англійскихъ офицеровъ тихоокеанскихъ эскадръ, подъ предсѣдательствомъ начальниковъ этихъ эскадръ, поочередно. Компетенція коммисіи заключается въ принятіи надлежащихъ мѣръ въ случаѣ нарушенія тишины и спокойствія въ тѣхъ пунктахъ о-ва, гдѣ имѣются французскія или англійскія поселенія. Никакихъ другихъ правъ у коммисіи нѣтъ. Сама же территорія о-ва должна считаться terra nullius.

[2]) Ср. Triepel, Völkerrecht und Landesrecht, 1899, S. 67.

Мыслимы два рѣшенія вопроса.

I. Государство въ своихъ отношеніяхъ къ территоріи уподобляется лицу, владѣющему поземельной собственностью, недвижимостью. Территорія съ этой точки зрѣнія является объектомъ обладанія, вещью, и права надъ нею носятъ характеръ вещныхъ правомочій. По существу, территоріальное верховенство является видомъ права собственности; междугосударственныя отношенія, поскольку они касаются территоріи, совпадаютъ — mutatis mutandis — съ тѣми, которыя существуютъ между отдѣльными людьми. Структура ихъ, такимъ образомъ, частно-правовая, и регулирующія ихъ нормы могутъ имѣть только цивильный характеръ.

II. Территорія является не объектомъ обладанія со стороны государства, а пространственнымъ предѣломъ властвованія. У государства нѣтъ правъ *на* территорію, а есть только права *въ* ней, внутри ея. При такой постановкѣ вопроса, частно-правовымъ элементамъ въ данной области нѣтъ мѣста. Аналогіи изъ гражданскаго права ничего разъяснить не могутъ, и отдѣльные институты публичнаго права— какъ государственнаго, такъ и международнаго — требуютъ самостоятельныхъ конструкцій, основанныхъ на понятіи imperium, въ отличіе отъ dominium.

Между этими двумя пониманіями существа территоріальнаго верховенства лежитъ, какъ видно, огромная пропасть. Этимъ различіемъ предопредѣляется цѣлый рядъ построеній, въ особенности въ сферѣ международнаго права. Само собою разумѣется, что, напр., ученіе о пріобрѣтеніи территоріальныхъ владѣній должно имѣть совершенно другой обликъ при частно-правовой конструкціи территоріи, чѣмъ при публично-правовой; въ первомъ случаѣ рѣчь будетъ итти объ увеличеніи имущества государства, о распространеніи его dominium, во второмъ—о расширеніи компетенціи ratione loci,

о распространенiи imperium. Въ зависимости отъ исходной точки зрѣнiя, теорiя оккупацiй, уступки, ученiе о международныхъ сервитутахъ и мн. др. получаютъ различную окраску, различное юридическое очертанiе.

Въ современной литературѣ первая изъ вышеупомянутыхъ конструкцiй, т. е. пониманiе территорiи какъ объектъ обладанiя, является рѣшительно господствующей. Въ области государственнаго права ея придерживается безусловное большинство писателей, а въ доктринѣ права международнаго до сихъ поръ можно отмѣтить лишь слабые голоса протеста, совершенно подавляемые стройнымъ хоромъ сторонниковъ классическаго воззрѣнiя. Такое положенiе вещей объясняется историческими условiями развитiя понятiя территорiальнаго верховенства. Было время—и сравнительно не столь далекое, — когда весь государственный строй зиждился на частно-правовыхъ устояхъ, когда территорiя совпадала съ собственностью и дѣйствительно была объектомъ обладанiя; было время, когда и междугосударственныя отношенiя были лишь отношенiями между крупными поземельными собственниками - сюзеренами, когда относящiяся сюда нормы по необходимости носили цивилистическiй характеръ. Но— tempora mutantur. Феодализмъ и патримонiальное государство отошли въ вѣчность, на ихъ развалинахъ воцарилось новое государство, а съ нимъ всплылъ наружу и новый комплексъ понятiй. Прежнiя рамки оказались неподходящими, пришлось отказаться отъ устарѣлыхъ построенiй, не соотвѣтствовавшихъ больше народившимся потребностямъ государственной жизни.

Но теорiя, въ данномъ случаѣ, не поспѣла за жизнью. Долгое время еще послѣ того какъ исчезли тѣ предположенiя, которыя являлись реальнымъ основанiемъ для прежнихъ конструкцiй, въ наукѣ продолжали держаться взгляды, въ корень расходившiеся съ новымъ положенiемъ вещей. Лишь крайне медленно и осторожно доктрина рѣ-

шилась пойти по новому пути; какъ бы не охотно разставаясь съ преданіями старины, долгое время продолжала она вращаться въ кругѣ старыхъ понятій, какъ бы намѣренно игнорируя дѣйствительность. Но и въ наши дни эволюція не можетъ считаться законченной. Конечно, теперь уже государство не отождествляется больше съ собственникомъ помѣстья—власть его конструируется какъ imperium, но тѣмъ не менѣе и современная доктрина не можетъ отрѣшиться отъ теоріи права на территорію, навсегда разстаться съ прежнимъ понятіемъ государственной власти. Правда, это право стремятся опредѣлить какъ „публично-вещное“ притязаніе (öffentliches Sachenrecht)—но отъ этого дѣло мало мѣняется: изъ-подъ новаго названія попрежнему продолжаетъ сквозить старое, средневѣковое содержаніе.

Настоящее изслѣдованіе, имѣющее цѣлью выяснить юридическую природу территоріальныхъ отношеній съ точки зрѣнія публичнаго права, распадается на три части. Первая изъ нихъ посвящена историческому развитію понятія территоріи; здѣсь главное вниманіе обращено на то, чтобы выяснить, откуда взялся взглядъ на эту послѣднюю какъ на объектъ собственности, почему и какими путями частноправовая категорія перешла въ область публичнаго права и стала здѣсь полновластно господствовать. Для этого намъ пришлось подробно остановиться на образованіи понятія dominium eminens, такъ какъ именно оно послужило мостомъ черезъ пропасть, отдѣляющую обѣ правовыя сферы. Болѣе позднему періоду удѣлено сравнительно меньше вниманія, на томъ основаніи, что онъ, вообще, болѣе подробно изученъ, въ частности ему посвящена обширная глава (XI) въ превосходномъ изслѣдованіи Hugo Preuss'a, Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften, 1889.

Во второй части дается обзоръ современнаго положенія вопроса въ литературѣ и оцѣнка обоихъ воззрѣній съ точки зрѣнія общихъ началъ права. Третья спеціально посвящена пересмотру тѣхъ ученій международнаго права, которыя касаются территоріальныхъ отношеній. Основаніемъ къ выдѣленію этого матеріала въ особую часть послужило соображеніе, что то или другое пониманіе территоріи, практически, играетъ важнѣйшую роль какъ разъ въ международномъ правѣ. Въ области внутреннихъ правовыхъ отношеній конструкція территоріальной власти имѣетъ почти исключительное академическое значеніе. Въ современномъ государственномъ правѣ весьма немногіе институты находятся въ непосредственной связи съ ученіемъ о территоріи. Не то въ правѣ международномъ; — здѣсь вопросъ пріобрѣтаетъ жгучій интересъ, такъ какъ онъ органически связанъ съ такими институтами, которые и понынѣ имѣютъ существенное значеніе для междугосударственной жизни. И, какъ намъ придется ниже убѣдиться, классическое направленіе тутъ, больше чѣмъ гдѣ бы то ни было, извращаетъ юридическую перспективу и приводитъ къ такимъ выводамъ, которые не только неправильны съ теоретической точки зрѣнія, но и находятся въ явномъ противорѣчіи съ выработанными самой жизнью началами.

РАЗДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

ИСТОРИЧЕСКОЕ РАЗВИТІЕ ПОНЯТІЯ ТЕРРИТОРІАЛЬНАГО ВЕРХОВЕНСТВА.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

РИМЪ.

§ 13. Изложеніе исторіи понятія территоріальнаго верховенства мы начинаемъ съ Рима, на томъ основаніи, что именно римское право оказало вліяніе на развитіе правовыхъ институтовъ цивилизованнаго міра. Не на долю Греціи или Египта или какого-либо другого культурнаго народа древности выпала высокая роль руководителя правосознанія въ средніе вѣка и въ новое время; эту роль сыгралъ „вѣчный городъ", со своей строго-логичной системой юридическихъ нормъ, со своимъ величественнымъ знаніемъ правовыхъ понятій и категорій. По справедливому замѣчанію Еллинека [1]), античное государство повліяло на современное именно черезъ призму римскаго. И это вліяніе оказалось всемогущимъ не только въ области частныхъ отношеній, но и въ сферѣ публичнаго [2]) и международнаго права [3]).

Въ частности это слѣдуетъ сказать и объ ученіи о территоріи. Правовыя концепціи древнихъ теократій умерли вмѣстѣ съ этими послѣдними и на понятіе территоріальнаго

---

[1]) Allg. Staatslehre, S. 285.

[2]) Ср. Laband, Die Bedeutung der Reception des Römischen Rechts für das deutsche Staatsrecht, 1880.

[3]) См. изслѣдованіе В. Э. Грабаря, Римское право въ исторіи международно-правовыхъ ученій, 1901.

верховенства никакого отпечатка не наложили: слишкомъ онѣ уже разнились отъ тѣхъ, которымъ суждено было завоевать весь міръ. Такъ, напр., у древнихъ евреевъ, весь народъ, все сущее считалось собственностью Іеговы, и государство, какъ таковое, имѣло только одну цѣль — осуществленіе предписаній религіи [1]). Въ Египтѣ, во времена фараоновъ, послѣдніе были единственными и непосредственными собственниками всей земли, всей территоріи, частныя же лица обладали лишь производнымъ правомъ [2]).

Съ аналогичнымъ міровоззрѣніемъ мы встрѣчаемся и въ настоящее время у народовъ чуждой намъ мусульманской культуры и у стоящихъ на низшихъ ступеняхъ развитія племенъ [3]).

Цѣлая пропасть лежитъ между этимъ грубымъ и примитивнымъ отождествленіемъ территоріи съ вещью, государства съ собственностью правителя, и стройной римской системой, основанной на принципіальномъ разграниченіи власти отъ вещныхъ правомочій, imperium отъ dominium.

Раскрытіе взглядовъ римскихъ юристовъ по данному вопросу представляетъ, однако, большія трудности.

Дѣло въ томъ, что римляне, какъ извѣстно, были мало склонны къ философскому толкованію права и къ построенію отвлеченныхъ теорій; по преимуществу практики, всецѣло отдававшіеся изученію реальной, конкретной дѣйстви-

---

[1]) См. Schlosser, Weltgeschichte, 2 Ausg., 1875, I, S. 89; Bluntchli, Allg. Staatslehre, 1875, S. 278.

[2]) Revillout, Précis du droit égyptien, 1er fasc., 1899, p. 4: „en droit le Pharaon était le maître de la terre, à la façon du sultan ou de son représentant le Khédive dans la loi musulmane“; p. 5: „ce sol appartenait au roi, qui en faisait ce qu'il voulait et pouvait par conséquent en concéder la possession inférieure, temporaire et partielle, à qui lui semblait bon“.

[3]) Такъ, напр., на Мадагаскарѣ, до новѣйшаго времени, вся земля считалась собственностью короля, чѣмъ гавасское правительство весьма ловко пользовалось для притѣсненія французскихъ колонистовъ и конфискаціи ихъ имущества. Это обстоятельство и вызвало присоединеніе острова въ 1896 г. См. статью Le Garrec въ Journal du droit intern. privé, 1896, p. 833 et suiv.

тельности, они рѣдко задавались теоретическими концепціями, въ особенности въ области публичнаго права. Поэтому мы напрасно стали бы у нихъ искать какой-либо ясной и законченной конструкціи понятія территоріальнаго верховенства, этимъ вопросомъ — абстрактнѣйшимъ изъ абстрактныхъ — они, конечно, не занимались. И какое-либо рѣшеніе его можетъ быть выведено лишь косвеннымъ путемъ, посредствомъ анализа тѣхъ институтовъ, которые такъ или иначе соприкасаются съ территоріею и зависятъ отъ того или иного пониманія существа территоріальнаго верховенства.

§ 14. Въ литературѣ существуетъ мнѣніе, подробно развитое Puchta [1]), будто въ древнѣйшую эпоху вся поземельная собственность считалась принадлежностью государства, при чемъ частнымъ лицамъ было присвоено лишь право пользованія, но не dominium или proprietas.

Эта точка зрѣнія, однако, едва ли представляется правильною. Прежде всего отношенія, существовавшія въ тѣ доисторическія времена, о которыхъ говоритъ Пухта, представляются и понынѣ крайне мало выясненными; все, что мы объ нихъ знаемъ, носитъ отрывочный характеръ, и дошедшіе до насъ легендарные разсказы не могутъ, конечно, служить основаніемъ для какой-нибудь прочной научной теоріи. Во-вторыхъ — и на это вполнѣ справедливо указано было v. Gosen'омъ [2]) — въ разсматриваемую эпоху государство какъ таковое не могло мыслиться въ качествѣ субъекта права: права̀ могли быть только у гражданъ, только они и могли владѣть, совмѣстно, общимъ имуществомъ, общественной поземельной собственностью [3]). До абстракціи государства — лица, римское право не додумалось не только въ первобытный періодъ, но и въ позднѣйшую республиканскую эпоху.

[1]) Cursus der Institutionen, 6ᵉ auf., 1865, I, S. 112 ff.

[2]) Das öffentliche Vermögen der römischen Republic въ Zeitschrift f. die gesammte Staatsw., 1866, S. 93 ff.

[3]) Ср. Cuq, Les institutions juridiques des Romains. L'ancien droit, 1891, p. 74 et suiv.

На самомъ дѣлѣ, даже въ сравнительно позднюю пору, римская civitas не мыслилась какъ самостоятельное единство, стоящее надъ гражданами и внѣ ихъ. По выраженію Цицерона „est igitur res publica res populi; populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis juris consensu et utilitatis communione sociatus“ [1]). Такимъ образомъ, римское государство совпадало съ римскимъ народомъ [2]), оба понятія были тождественны и покрывали другъ друга. При этомъ populus мыслился какъ совокупность всѣхъ cives, его составлявшихъ. Мысль, что государство какъ таковое есть личность, высшимъ органомъ котораго является народное собраніе, всегда осталась чуждой римскаго права. Imperium всегда находилось въ рукахъ народа и всѣ права, присвоенныя государственнымъ учрежденіямъ, органамъ власти, конструировались какъ порученіе, мандатъ [3]).

Этимъ общимъ характеромъ римскаго государства предопредѣляется та роль, которую оно изучало въ области гражданскаго права вообще и въ сферѣ вещныхъ правоотношеній въ частности.

Какъ это уже было доказано Savigny, римское понятіе юридическаго лица выработалось не на государствѣ, а лишь съ теченіемъ времени было перенссено на него [4]) — поскольку, конечно, рѣчь шла объ имущественныхъ правоотношеніяхъ. Поэтому, первоначально, государство не мыслилось въ

---

[1]) De Republica, I, 25. Ср. Rehm, Geschichte der Staatsrechtswissenschaft, 1896, § 37.

[2]) См. Bluntschli, Allgem. Staatslehre, 1875, S. 41; v. Ihering, Geist des Römischen Rechts, 1 Th., 5 Auf., 1891, S. 210 ff.; Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht. III, S. 43 ff.; Jellinek, Allg. Staatslehre, S. 284 ff.; Н. Коркуновъ, Указъ и законъ, стр. 60 и слѣд.

[3]) Ср. Willems, Le droit public romain, 1872, p. 10: le populus romanus quiritium fut en principe le dépositaire du pouvoir souverain; les autres corps politiques étaient investis de leurs attributions en vertu d'une délégation du pouvoir souverain.

[4]) System des heut. röm. Rechts, II, 1840, § 87.

качествѣ субъекта частнаго права, а всѣ вещныя его правомочія составляли, по выраженію Гирке, часть его публично-правовой сущности (Bestandtheil seines publicistischen Wesens) [1]). Этимъ и объясняется то особое положеніе, которое было создано римскимъ правомъ для государственнаго достоянія—res publicae.

Послѣднія раздѣлялись, какъ извѣстно, на двѣ большія категоріи: на res publicae publico usui destinatae и res in patrimonio populi (pecunia pop.). Первыя были изъяты изъ оборота и предоставлены всѣмъ людямъ въ свободное пользованіе. Что же касается юридическаго ихъ положенія, то оно, по крайней мѣрѣ въ современной литературѣ, весьма спорно. Для однихъ — у государства было по отношенію къ нимъ право собственности; для другихъ — всѣ полномочія государства сводились къ праву верховнаго надзора [2]).

Res in patrimonio populi, т. е. государственная собственность (главнѣйше aerarium) въ тѣсномъ смыслѣ слова, въ республиканскую эпоху занимала положеніе во многомъ отличное отъ того, которое въ наши дни присвоено этимъ вещамъ (domaine privé de l'État). Въ общемъ на нихъ распространялись тѣ же правовыя начала, что и на res publico usui destinatae, и онѣ надѣлены были приблизительно тѣми же свойствами, что и эти послѣднія [3]).

Тѣ нормы, которыми онѣ управлялись, входили въ составъ не juris privati, а juris publici [4]), и всѣ сдѣлки, ка-

---

[1]) Op. cit, III, 54.

[2]) См. Keller, Rechtsgutachten die Festungswerke der Stadt Basel betreffend, 1861; Ihering, Der Streit über die Festungsw. der Stadt B., 1862; Dernburg, Rechtsgutachten bez. der Festungswerke bei der Stadt B., 1862; Gierke, op. cit., III, 55; Ю. Гамбаровъ, s. v. „Вещи“ въ Словарѣ госуд. и юридич. наукъ.

[3]) См. Baillière, Du domaine public de l'État, 1882, p. 7: ... le domaine privé de l'Etat (à Rome) fut doté d'abord des mêmes privilèges que le domaine public.

[4]) Доказательства см. у Гирке, loc. cit., 54, 55.

савшіяся pecunia populi, выходя изъ рамокъ negotia inter privatos, составляли особую категорію публично-правовыхъ сдѣлокъ, защищаемыхъ не исками, а чисто-административными средствами [1]). Такимъ образомъ, въ сферѣ имущественныхъ отношеній, римскій populus никогда не мыслился какъ субъектъ, противупоставляемый частнымъ лицамъ и уравненный съ ними въ правахъ: въ этой области (какъ впрочемъ и вообще въ гражданскомъ правѣ) государство являлось совокупностью гражданъ, суверённымъ общеніемъ, отличнымъ отъ суммы составлявшихъ его людей, но тѣмъ не менѣе не одаренныхъ свойствами лица: въ отношенія съ singuli вступало, такимъ образомъ, не civitas-persona, а самъ populus, всѣ граждане, мысленно соединенные въ идеальномъ единствѣ.

При такомъ пониманіи существа государственной власти можно съ увѣренностью сказать, что въ римскомъ правосознаніи не было мѣста для какого бы то не было верховнаго права государства надъ всей территоріей. Прежде всего, кто являлся бы субъектомъ такого права? Государство, какъ мы видимъ, разрѣшалось въ понятіи гражданъ; эти послѣдніе обладали правами, были субъектами правомочій и притязаній. Имъ же — но уже не въ качествѣ cives, а какъ singuli, частнымъ лицамъ — принадлежала земля, матеріальный субстратъ государства, по крайней мѣрѣ въ бо̀льшей своей части. Двойное право собственности — хотя бы и различное по качеству и объему — было при этихъ условіяхъ совершенно немыслимо; можно сказать, что оно представляло бы изъ себя юридическую нелѣпость—ибо къ чему было бы приписывать populus romanus такое право, которымъ и безъ того уже обладали всѣ римскіе граждане? [2]).

---

[1]) Ср. Rintelen, s. v. „Fiskus“ въ Handwört. der Staatsw.

[2]) Къ тому же выводу, что и мы, приходитъ Bansi, op. cit., § 3. Но всѣ его разсужденія, основанныя на анализѣ юридическаго положенія вещей въ римскомъ правѣ, мало убѣдительны и не затрогиваютъ существа дѣла.

§ 15. Дошедшіе до насъ литературные памятники античнаго міра нигдѣ, сколько извѣстно, не содержатъ въ себѣ не только прямого указанія, но даже намека на какое бы то ни было верховное право государства на землю [1]).

Среди современныхъ писателей, повидимому, вопросъ этотъ не возбуждаетъ сомнѣнія, хотя опять-таки прямо и непосредственно его романисты обыкновенно не касаются. Однако, въ новѣйшей литературѣ можно отмѣтить и другое направленіе, идущее въ разрѣзъ съ защищаемымъ здѣсь взглядомъ. Такъ, напр., Giraud [2]) утверждаетъ, что „поземельная собственность у древнихъ была только уступкой со стороны власти, которой одной только принадлежала истинное dominium надъ территоріей“; и аналогичное воззрѣніе проводится другимъ французскимъ романистомъ — Accarias [3]).

Выводы этихъ авторовъ, однако, лишь въ весьма незначительной степени, основаны на указаніяхъ источниковъ. Строго говоря, эти послѣдніе сводятся къ двумъ, тремъ мѣстамъ изъ комментарій Гая [4]), говорящихъ о dominium Caesaris или populi romani надъ провинціальной землей. Но теорія Гая, прежде всего, составляетъ его личное мнѣніе и никакого практическаго значенія не имѣла; во вторыхъ, и Гай не виндицируетъ для populus romanus права „верховной“ собственности, а прямо утверждаетъ, что вся полнота

---

[1]) Повторяемъ, что мы пока имѣемъ въ виду только республиканскій періодъ; объ императорской эпохѣ рѣчь впереди.

[2]) Histoire du droit français, 1847, I, p. 151.

[3]) Précis du droit romain, 4e édit., p. 516 et 527.

[4]) Gaius, II, § 7: „set in provinciali solo placet plerisque solum religiosum non fieri, quia in eo solo dominium populi romani est vel Caesaris, nos autem possessionem tantum vel usufructum habere videmur“. § 21: „jure civili in cadem causa sunt provincialia praedia, quorum alia stipendiaria, alia tributaria vocamus: stipendiaria sunt ea, quae in his provinciis sunt, quae propriae populi Romani esse intelliguntur; tributaria sunt ea, quae in his provinciis sunt, quae propriae Caesaris esse creduntur“. Что же касается § 26, на который ссылается Giraud, loc. cit., то онъ дошелъ до насъ въ такомъ искаженномъ видѣ, что смыслъ его можетъ быть только гадательный.

dominium сосредоточивалась въ рукахъ государства, тогда какъ у частныхъ лицъ было лишь право пользованія той или другой частью solum provinciale.

Не большей убѣдительностью обладаютъ тѣ доводы названныхъ писателей, которые основаны на соображеніяхъ общаго характера. Превосходный анализъ этихъ доводовъ даетъ Fustel de Coulanges въ своемъ посмертномъ сочиненіи „L'alleu et le domaine rural, 1889"; мы позволимъ себѣ привести сущность его разсужденій по данному вопросу.

Въ доказательство теоріи верховной собственности, говоритъ Fustel de Coulanges, ссылались на конфискацію имуществъ — и даже на злоупотребленіе ею въ императорскій періодъ. Но конфискація всегда была наказаніемъ, налагавшимся по опредѣленію суда, на основаніи тѣхъ или другихъ законовъ, и потому нисколько не предполагала наличности у государства какихъ-либо вещныхъ правомочій относительно имущества частныхъ лицъ.

Указываютъ на многочисленные аграрные законы, какъ республиканской эпохи, такъ и періода имперіи — но если ближе вглядѣться въ эти законы, то станетъ ясно, что они представляли изъ себя акты, которыми государство уступало частнымъ лицамъ тѣ или другія изъ принадлежавшихъ ему земель, другими словами публичную собственность обращало въ частную, при чемъ за собою не оставляло никакихъ правъ на уступленные участки. На самомъ дѣлѣ, государство не обладало, по отношенію къ этимъ землямъ, ни правомъ выкупа, ни даже правомъ преимущественной покупки.

Далѣе, институтъ экспропріаціи также былъ чуждъ римскаго правосознанія; на практикѣ, правда, отчужденія имущества на государственныя надобности имѣли мѣсто, но съ точки зрѣнія jus strictum римское государство никогда не было въ правѣ отнять у частнаго лица принадлежащую ему недвижимость.

Наконецъ, когда умиралъ поземельный владѣлецъ, его наслѣдникъ ipso jure становился собственникомъ участка и попытка установить пошлину за переходъ имущества mortis causa къ нисходящей линіи не увѣнчалась успѣхомъ.

Такимъ образомъ, сфера индивидуальной автономіи была ограждена неприступной стѣной отъ вторженія и вліянія государства. Собственникъ обладалъ въ полной мѣрѣ jus utendi и abutendi — онъ былъ всевластнымъ и *единственнымъ* хозяиномъ своей вещи. Но при такихъ условіяхъ, само собою разумѣется, параллельному верхному праву государства въ системѣ римскихъ понятій мѣста не имѣлось.

§ 16. Безусловно вѣрные для республиканскаго періода выводы Фюстель-де-Куланжа представляются, однако, нѣсколько болѣе сомнительными для императорской эпохи.

Переломъ, совершившійся въ римской государственной жизни въ I вѣкѣ, не могъ не отразиться на самомъ пониманіи государственной власти. Теоретически, princeps считался представителемъ народа, но на практикѣ онъ мало-по-малу сталъ забирать въ свои руки полноту власти, и въ результатѣ получилось сосредоточеніе въ его лицѣ всѣхъ тѣхъ полномочій, которыя раньше составляли достояніе populi romani. Изъ органа государства императоръ превращается въ абсолютнаго властителя, стоящаго выше и внѣ закона („princeps legibus solutus est"). Особенно рельефно сказался этотъ переворотъ въ области имущественныхъ отношеній; пока управленіе въ императорскомъ Римѣ продолжало зиждиться на республиканскихъ основахъ, частная собственность правителя, fiscus Caesaris, принципіально разнилась отъ государственнаго достоянія, aerarium populi, и въ противоположность этому послѣднему, всецѣло подпадала подъ дѣйствіе частнаго права [1]). Съ теченіемъ времени,

---

[1]) Ср. Rintelen, loc. cit.; Bekker, System des Pandektenrechts, I, 1886, S. 327.

фискъ сталъ расти на счетъ aerarium, въ него начало стекаться все больше и больше доходовъ и, наконецъ, онъ окончательно вытѣснилъ прежнюю государственную кассу [1]), отвоевавъ себѣ и привилегированное положеніе въ сферѣ гражданскаго оборота.

Такимъ образомъ, общій ходъ эволюціи римской государственности въ разсматриваемую эпоху заключается въ постепенномъ возвеличеніи императорской власти, въ превращеніи ея въ единственную самостоятельную носительницу всѣхъ публичныхъ правъ [2]).

При такихъ условіяхъ, легко могло случиться, что на princeps'а были перенесены и свойства собственника. Повидимому, оно, до извѣстной степени, такъ и было: императоръ сталъ величаться господиномъ, dominus, и, быть можетъ, разсматриваться не только какъ верховный повелитель, но и какъ верховный собственникъ государства [3]). Но во всякомъ случаѣ воззрѣніе это никогда не было послѣдовательно проведено; оно осталось исключительно теоретическою концепціей, едва ли повліявшей на юридическую жизнь вѣчнаго города. Сколько-нибудь опредѣленное ученіе о „двойномъ" правѣ собственности на землю выработалось лишь значительно позднѣе и явилось послѣдствіемъ тѣхъ своеобразныхъ отношеній, которыя создала феодальная система.

[1]) Baillière, op. cit., 9: la distinction des deux comptabilités finit par s'évanouir; et l'empereur disposa de la fortune publique aussi librement qu'il disposait déjà des droits politiques des citoyens.

[2]) Ср. Gierke, loc. cit., 52.

[3]) См. Mommsen, Abriss des Römischen Staatsrechts, 1893, S. 192.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

ГЕРМАНЦЫ И ФРАНКСКАЯ МОНАРХІЯ.

§ 17. Вторгшіяся въ предѣлы Римской Имперіи германскія племена принесли съ собой цѣлый комплектъ невѣдомыхъ античному міру понятій и представленій.

Первоначальнымъ соціально - политическимъ союзомъ у древнихъ германцевъ было племя, Völkerschaft, раздѣлявшееся на сотни, Hundertschaften. Союзъ этотъ носилъ чисто личный характеръ и представлялъ изъ себя не государство, въ тѣсномъ значеніи слова, а ассоціацію свободныхъ людей, не признававшихъ надъ собою ничьей власти [1]). Съ теченіемъ времени во главѣ отдѣльныхъ племенъ появляются короли, облеченные, однако, лишь полномочіями предводителей на войнѣ и верховныхъ судей. Главнѣйшія фунвціи управленія остаются въ рукахъ народныхъ собраній (concilia), которыя по прежнему рѣшаютъ наиболѣе важныя дѣла, объявляютъ войну заключаютъ миръ и т. д. И, теоретически, король долгое время остается лишь простымъ исполнителемъ народной воли, слугой народа или племени [2]).

[1]) Gierke, Genossenschaftsrecht, I, S. 45: In der alten Genossenschaft gab es keine von der Summe aller Vollgenossen verschiedene Einheit. Die Abstraction eines Staates oder eines Gemeinwesens war unbekannt. In Alle war die Einheit zerstreut; wenn Alle zusammen waren. dann und nur dann konnte diese Einheit wollen und handeln.

[2]) Gierke, loc. cit., 101.

Мало-по-малу, однако, королевская власть стала терять свой подчиненный характеръ и ко времени великаго переселенія народовъ успѣла сдѣлаться самостоятельною носительницею нѣкоторыхъ изъ тѣхъ правъ, которыя до сихъ поръ были достояніемъ всѣхъ. Въ такомъ переходномъ состояніи находился государственный строй варваровъ, когда имъ пришлось стать лицомъ къ лицу съ римскою культурою и цивилизаціей.

Несмотря на то, что обветшалая и развращенная имперія не оказалась въ состояніи дать должный отпоръ германскимъ полчищамъ и что побѣдоносныя племена бургундовъ, готовъ, франковъ, геруловъ и лангобардовъ, безъ особаго труда сломивъ сопротивленіе римскихъ полководцевъ, раздѣлили себѣ наслѣдство Ромула Августула, политическое міросозерцаніе побѣжденныхъ оказало, тѣмъ не менѣе, громадное вліяніе на завоевателей. Какъ то по бóльшей части бываетъ, когда сталкиваются двѣ народности, стоящія на различныхъ ступеняхъ культуры, болѣе развитая — римляне—сдѣлалась воспитательницею и учительницею варваровъ. Утвердившись въ завоеванныхъ предѣлахъ, германцы не принялись за принципіальное разрушеніе существовавшаго тамъ политическаго строя, а наоборотъ во многихъ отношеніяхъ сами подчинились римскому вліянію. Такъ, напримѣръ, Одоакръ, предводитель геруловъ, оставилъ въ полной неприкосновенности всѣ римскія административныя учрежденія и, вѣроятно, подчинилъ свое племя дѣйствію римскаго права. Точно также и Теодорихъ, король остготовъ, сохранилъ, въ предѣлахъ возможности, римскія основы и римское управленіе [1]). Самый существенный переворотъ, произведенный варварами въ Италіи непосредственно послѣ завоеванія, заключался въ отнятіи у римлянъ части земли [2]).

---

[1]) См. Виноградовъ, Происхожденіе феодальныхъ отношеній въ Италіи, Журн. Мин. Нар. Просв., 1880, кн. II, стр. 343, 351 и слѣд.

[2]) Такъ герулы забрали въ свою пользу $^{1}/_{3}$ земли; готы первоначально огра-

Несмотря, однако, на переживаніе внѣшнихъ формъ римской государственности, несмотря на стремленіе королей какъ можно бережнѣе отнестись къ завоеванной странѣ — германцы, по выраженію одного писателя, слишкомъ часто вели себя какъ волки, которымъ поручили бы охранять стадо [1]). Въ Италіи, занятой готами, произволъ и насиліе сдѣлались обычными явленіями; вскорѣ личная безопасность, собственность, сама жизнь сдѣлались столь малообезпеченными, что многіе, не довольствуясь общей охраной государства и его органовъ, начали обращаться къ личному mundium'у короля, нанося тѣмъ чувствительный ударъ идеѣ государственности. Римское imperium мало-по-малу стало стушевываться и вытѣсняться началомъ частнаго покровительства со стороны главы государства. Но вскорѣ римскому публично-правовому строю пришлось потерпѣть еще болѣе глубокія пораненія. Во второй половинѣ VI в. сѣверная Италія сдѣлалась жертвой нашествія лангобардовъ, и на развалинахъ остготскаго государства утвердилась новая монархія. Римскія традиціи оказались здѣсь окончательно отодвинутыми на задній планъ, и безусловное преобладаніе получили германскія основы, германскія начала. Съ тѣмъ вмѣстѣ измѣнился и характеръ королевской власти и весь строй государственнаго управленія.

Аналогичный процессъ переработки римскихъ основъ наблюдается въ Галліи, гдѣ утвердилось воинственное племя франковъ.

Первоначальныя нашествія салическихъ и рипуарскихъ франковъ повлекли за собою полное разореніе покоренныхъ странъ, раздѣлъ всѣхъ земель и, мѣстами быть можетъ, даже

ничились тѣмъ, что присвоили себѣ эти земли, но затѣмъ посягнули и на «римскую треть». См. классическое сочиненіе Gaupp, Die Germanischen Ansiedlungen und Landtheilungen, 1844, S. 476.

[1]) Виноградовъ, loc. cit., 369.

поголовное избіеніе всего галло-римскаго населенія [1]). Но уже Хлодвигъ и его преемники стали придерживаться иного образа дѣйствія, такъ что ближайшимъ послѣдствіемъ франкскаго нашествія на Галлію оказалось болѣе или менѣе тѣсное сліяніе обоихъ элементовъ — побѣжденныхъ и побѣдителей. Этому особенно содѣйствовало, какъ извѣстно, принятіе со стороны Хлодвига и его народа христіанской вѣры, благодаря чему духовенство пріобрѣло первенствующее вліяніе и очутилось въ роли не только просвѣтителя, но также и соединительнаго звена между туземнымъ и пришлымъ населеніемъ [2]).

Основанное Хлодвигомъ могущественное государство вскорѣ подчинило себѣ всѣ остальныя германскія народности. Сначала аллеманы, затѣмъ бургунды, позднѣе вестготы, наконецъ лангобарды—всѣ принуждены были признать верховенство франковъ. И въ новооснованной монархіи завершается процессъ сліянія двухъ великихъ началъ—римскаго и германскаго. Равнодѣйствующей этихъ двухъ силъ явилось феодальное средневѣковое государство, сильно развившееся отъ первобытныхъ германскихъ Völkerschaften, но вмѣстѣ съ тѣмъ и далеко отошедшее отъ того строя, который выработалъ античный міръ.

Спрашивается, однако, въ чемъ заключалось вліяніе римской культуры на германское міровоззрѣніе и къ какимъ результатамъ привело оно, съ политической точки зрѣнія? Также какъ и остготы, франки отнеслись довольно осторожно къ общественно-политическому строю Галліи и не вступили

---

[1]) Объ этомъ свидѣтельствуетъ, между прочимъ, временное исчезновеніе христіанства. См. Roth, Geschichte des Beneficialwesens, 1850; Esmein, Cours élémentaire d'histoire du droit français, 1892, p. 53.

[2]) Bryce, Le Saint-Empire romain germanique, trad. par Domergues, 1890, p. 39: les barbares confondirent dès le début dans leur cerveau le christianisme et les Romains de qui ils le tenaient et qui s'en étaient servis comme de leur dernier rempart. Объ отношеніи франковъ къ католической церкви см. v. Eicken, Geschichte und System der mittelalterlichen Weltanschauungen, 1887, S. 170 ff.

на скользкій путь ломки и уничтоженія издавна дѣйствовавшихъ въ краѣ учрежденій. По словамъ одного изъ новѣйшихъ изслѣдователей этой эпохи, Хлодвигъ и его преемники оставили неприкосновеннымъ все то, что не шло прямо въ разрѣзъ съ ихъ правосознаніемъ и не могло быть непосредственно замѣнено какимъ-нибудь національнымъ политическимъ принципомъ [1]). Такъ, напр., осталась нетронутою налоговая система, которою короли прекрасно сумѣли воспользоваться для извлеченія доходовъ и увеличенія своего благосостоянія. Точно также франки, по всѣмъ вѣроятіямъ, не посягнули (по крайней мѣрѣ въ принципѣ), на частную собственность [2]). Благодаря вліянію римскаго начала и тѣхъ обстоятельствъ, при которыхъ совершилось завоеваніе, германскій общественно - политическій строй вскорѣ потерпѣлъ крупныя измѣненія. Прежде всего, перемѣна произошла въ фактическомъ и юридическомъ положеніи короля. Мы уже выше указали на то, что германскіе короли издавна стремились къ упроченію своей власти и къ

[1]) Glasson, Histoire du droit et des institutions de la France, II, 1888, p. 244. Первоначальный характеръ франкской монархіи и взаимодѣйствіе обоихъ элементовъ—римскаго и германскаго—до сихъ сихъ поръ, къ сожалѣнію, довольно мало выяснены. Согласно воззрѣніямъ нѣмецкихъ ученыхъ, преобладаніе получило германское начало, такъ напр., v. Eicken, Geschichte und System, etc., S. 169, утверждаетъ, что «das Frankenreich wurde zum Träger der Staatsentwickelung des Germanentums». Французскіе же писатели склонны видѣть повсюду во франкскомъ государствѣ вліяніе римскаго міровоззрѣнія. Типичнымъ представителемъ этого послѣдняго направленія является Fustel de Coulanges, La monarchie francque, 1888.

[2]) Есть основаніе думать, что франки ограничились захватомъ фискальныхъ земель, не сдѣлавъ общаго раздѣла поземельной собственности. Вопросъ, впрочемъ, очень споренъ. Прежде думали, что ²/₃ всѣхъ земель были забраны побѣдителями. Такого мнѣнія придерживались, напр., Pütter, Historische Entwickelung der heutigen Staatsverfassung des deutschen Reichs, 1738, I, S. 35; Guizot, Essais sur l'histoire de France, 9-me éd. 1858, p. 77; Laboulaye, Histoire de la propriété foncière, 1839, p. 247, и мн. др. Изъ этихъ земель, будто бы, и образовались аллоды. Теперь господствуетъ, однако, другое мнѣніе. Ср. Waitz, Deutsche Verfassungsgeschichte, 2 Ausg., II, 1870, S. 220. О новѣйшихъ гипотезахъ по этому вопросу см. Viollet, Histoire des institutions politiques de la France, I, 1890, p. 174 et suiv.

превращенію ея изъ производной въ самостоятельную и непосредственную. Получивъ въ свои руки обширные домены (перешедшія къ нимъ земли фиска) и заручившись поддержкой многочисленнаго класса лицъ, связанныхъ съ ними узами mundium'а, короли мало-по-малу присвоиваютъ себѣ всѣ атрибуты неограниченныхъ монарховъ. Къ концу VI в. эволюція можетъ считаться оконченной; король стоитъ выше закона и имѣетъ право жизни и смерти надъ своими подданными; онъ верховный вождь и судья, ему принадлежитъ охрана общаго мира, — словомъ, онъ какъ бы фокусъ, въ которомъ сосредоточиваются всѣ лучи государственной жизни [1]).

Сдѣлавшись абсолютными правителями, короли, вмѣстѣ съ тѣмъ, стали смотрѣть на свои полномочія какъ на частное, личное право, а на самое государство какъ на вотчину, patrimonium [2]). Римское понятіе imperium стало постепенно стушевываться и, наконецъ, окончательно исчезло. Его мѣсто заняли построенная на частномъ началѣ система и полное смѣшеніе личныхъ интересовъ монарха съ нуждами и пользами всего народа, всего общественнаго организма. Должностныя лица, правительственные органы получаютъ характеръ королевскихъ слугъ, исполняющихъ свои обязанности въ силу личнаго порученія, и, наоборотъ, придворныя должности становятся обще-государственными. Такъ, майордомы изъ прежнихъ управляющихъ королевскимъ имуществомъ превращаются въ настоящихъ должностныхъ лицъ; missi

---

[1]) См. Glasson, op. cit., 246; Esmein, op. cit., 64; Gierke, Genossenschaftsrecht, I, S. 101. То же самое явленіе наблюдается въ ломбардскихъ государствахъ.

[2]) По вѣрному замѣчанію Waitz, Verfassungsgeschichte, II, S. 671: von je her hat die Königliche Gewalt etwas privatrechtliches in ihrem Wesen gehabt oder sie ist doch in Beziehungen eingetreten, die nicht nothwendig mit der Bedeutung einer öffentlichen Gewalt zusammenhängen. Es gehört das zu Character der deutschen politischen Entwickelung, etc. Cp. Glasson, loc. cit., 255. Laboulaye, op. cit., 316: l'État vient à être considéré comme la propriété du roi.

dominici, на обязанности коихъ лежалъ надзоръ за королевскими villae dominicae, принуждаются исполнять различныя административныя и судебныя порученія, и доходы съ королевскихъ помѣстій, сливаясь съ общегосударственными, вносятся въ общую кассу—aerarium или thesaurus.

§ 18. Такимъ образомъ, основавшееся на развалинахъ античнаго міра государство весьма быстро пріобрѣло совершенно опредѣленный *патримоніальный* характеръ. Въ одномъ только отношеніи понятіе государства, завѣщанное римлянами, *на первыхъ порахъ*, сохранилось во всей своей чистотѣ: это именно въ отношеніи *территоріальнаго верховенства*. Для франковъ, какъ и для римлянъ, государственное властвованіе было властвованіемъ въ территоріи и ни само государство, ни глава его не разсматривались какъ держатели какихъ бы то ни было вещныхъ правъ на *всю* землю, кому бы она ни принадлежала. Въ литературѣ, однако, господствуетъ противоположное мнѣніе. Такъ, напримѣръ, Lamprecht утверждаетъ, что „всякая земля продолжала еще считаться въ сущности государственной или королевской... *Верховная собственность короля* на землю, коллективистическое, даже коммунистическое пользованіе силами земли со стороны подданныхъ,—таково было, если не дѣйствительность, такъ, по крайней мѣрѣ, цѣль или идеалъ государственной жизни франковъ еще въ наиболѣе раннюю эпоху ихъ исторій“ [1]). На той же точкѣ зрѣнія стоятъ Roth [2]), Schröder [3]) и нѣкоторые др. писатели.

Противъ принятія этого мнѣнія, однако, говорятъ чрез-

[1]) Handwörterbuch der Staatswissenschaften, IV, S. 824 (Geschichte des Grundbesitzes).

[2]) Geschichte des Beneficialwesens, S. 75.

[3]) Das Recht der Franken, въ Zeitschrift der Savigny's Stiftung für Rechtsgeschichte, 1881, S. 78 ff. Относительно лангобардовъ см. v. Bettmann-Hollwegg, Der Civilprocess des gemeinen Rechts, 1868, IV, S. 351 ff.—Впервые возсталъ, сколько намъ извѣстно, противъ этого воззрѣнія Inama-Sternegg, Deutsche Wirtschaftsgeschichte, I, S. 42, 92 ff.

вычайно вѣскіе доводы. Прежде всего, откуда было взяться самому понятію верховной собственности, Obereigenthum? Чуждо оно было римскаго правосознанія и точно также не могли его знать первобытныя германскія племена [1]): въ древнихъ Völkerschaften не нашлось бы и носителя такого права, такъ какъ короли были лишь слугами народа, а общенія, стоявшаго надъ гражданами, не существовало вовсе (см. выше стр. 49), государство не мыслилось какъ нѣчто отличное отъ входящаго въ его составъ населенія, какъ самостоятельный субъектъ правъ и обязанностей. Не могло оно поэтому быть облечено правомъ верховной собственности надъ территоріей.

Далѣе, оспариваемому воззрѣнію безусловно противорѣчитъ фактъ существованія въ франкской монархіи аллодіальной собственности. Аллодъ, какъ извѣстно, типъ ничѣмъ неограниченной собственности. Какъ говоритъ Bouteiller, „tenir en franc alleu, si est tenir de Dieu seulement. Et ne doivent cens, ne rentes, ne dettes, ne servage, relief, n'autre nulle quelconque redevance à vie n'à mort, mais les tiennent franchement de Dieu“ [2]). И позднѣе, когда Dumoulins желаетъ дать характеристику неограниченной власти короля, онъ его называетъ аллодіальнымъ собственникомъ [3]). Спрашивается, совмѣстима ли подобная абсолютная и ни отъ кого независящая собственность съ верховнымъ правомъ короля на территорію? Думаемъ, что нѣтъ.

Въ третьихъ, извѣстно, что франкское право (какъ право всѣхъ вообще основанныхъ германцами государствъ) совершенно игнорировало институтъ экспропріаціи; всякое покушеніе со стороны государства на частную собственность разсматривалось либо какъ упражненіе права необходимости,

---

[1]) Lamprecht, loc. cit., держится другого мнѣнія.
[2]) Somme Rurale, l. I, tit. 84.
[3]) См. Laboulaye, Histoire de la propriété, etc. p. 274, 277.

либо какъ произволъ [1]). Между тѣмъ, если бы король или государство были вооружены вещными полномочіями по отношенію ко всей землѣ, то они могли бы ограничивать права собственниковъ, а, въ потребныхъ случаяхъ, и вовсе устранять ихъ отъ пользованія тѣмъ или другимъ участкомъ.

Главный оплотъ теоріи „верховной собственности", однако, составляетъ тотъ своеобразный характеръ отношеній, который создавался при раздачѣ королемъ своимъ приближеннымъ помѣстій и, вообще, земельныхъ владѣній. Эти пожалованія считались даромъ, donatio, — между тѣмъ они, по большей части, были лишь пожизненныя и возвращались казнѣ послѣ смерти одареннаго. Послѣдній, при этомъ, не имѣлъ права ни подарить, ни продать ихъ, ни, вообще, отчудить. Изъ этого обыкновенно и заключаютъ, что даритель-король обладалъ особымъ верховнымъ правомъ надъ всѣми вообще землями въ государствѣ, и что это право сохранялось за нимъ, къ кому бы помѣстье ни переходило.

На самомъ дѣлѣ, однако, разсматриваемое явленіе имѣло совершенно другое основаніе. Какъ выяснено нынѣ новѣйшими изслѣдованіями по исторіи германскаго права, ревокабельный характеръ королевскихъ пожалованій находился въ связи съ специфическими свойствами средневѣковой donatio, переносившей на одаряемаго не полную, а лишь условную собственность. Но на этомъ вопросѣ намъ необходимо остановиться нѣсколько подробнѣе.

§ 19. Условія соціально-политической жизни древнихъ германцевъ издавна побуждали наиболѣе слабыхъ и безпомощныхъ, съ общественной точки зрѣнія, людей искать защиты и покровительства у болѣе богатыхъ и могущественныхъ. Смутное и тревожное время великаго переселенія народовъ и завоеванія римской имперіи создало весьма подходящія условія для укрѣпленія этого обычая. Въ основанныхъ варва-

---

[1]) См. Georg Meyer, Das Recht der Expropriation, 1868, S. 71 ff.

рами государствахъ центральная власть была слишкомъ слаба, чтобы обезпечить порядокъ и законность, и государственную публично-правовую охрану стали все болѣе и болѣе замѣнять частной и личной. Съ этимъ явленіемъ мы встрѣчаемся какъ у вестготовъ, такъ и у лангобардовъ, у франковъ и у прочихъ народовъ. Повсюду, вокругъ короля, его приближенныхъ, военачальниковъ и т. д. группируется болѣе или менѣе значительная кліентела [1]), связанная со своимъ „senior" личными узами вѣрности и получающая отъ него за это защиту и матеріальное обезпеченіе. Институтъ сеньората явился, такимъ образомъ, необходимымъ послѣдствіемъ слабости государственной власти и ея органовъ. И франкскіе монархи, вполнѣ сознавая свое безсиліе справиться съ обще-государственными задачами и водворить миръ и порядокъ безъ посторонней помощи, поддерживаютъ его и даже предписываютъ всѣмъ подданнымъ своимъ избрать себѣ покровителя (Мерсенскій капитуларій 847 г.). Само собою разумѣется, что и къ королямъ, какъ къ держателямъ значительной фактической власти, обращалось за покровительствомъ множество лицъ, тѣмъ болѣе, что имъ, послѣ завоеванія, достались обширныя помѣстья. Раздача этихъ земельныхъ владѣній приближеннымъ и положила начало бенефиціарной системѣ, легшей въ основаніе всего средневѣковаго государственнаго строя.

Мы не будемъ останавливаться на исторіи возникновенія и развитія феодальныхъ отношеній, ни на детальномъ изученіи этого строя. Для насъ важно лишь прослѣдить, какъ отразилась перемѣна во внѣшнихъ формахъ государственной жизни на понятіи территоріальнаго верховенства, и выяснить, благодаря какимъ факторамъ выработалось то отношеніе къ территоріи, которое характеризуетъ все средневѣковье. Но

---

[1]) Эти кліенты назывались у вестготовъ buccellari, у лангобардовъ gasindi, у франковъ vassi. Вассалитетъ устанавливался посредствомъ recommendatio.

для этого необходимо бросить взглядъ на юридическую природу тѣхъ отношеній, которыя связывали сюзерена съ вассаломъ.

По существу своему, бенефицій являлся *даромъ*, который сюзеренъ дѣлалъ вассалу; это была donatio — но donatio, значительно отличавшаяся, по своимъ послѣдствіямъ, отъ римскаго института даренія.

На самомъ дѣлѣ, характерной чертой римской donatio было увеличеніе имущества одаряемаго, при соотвѣтственномъ уменьшеніи имущества дарителя. При этомъ донатарій становился безусловнымъ собственникомъ дара, и ревокація могла наступить лишь въ извѣстныхъ, опредѣленныхъ закономъ случаяхъ (propter ingratitudinem, prolem superveniențen и т. п.). Иначе обстояло дѣло въ древне-германскомъ правѣ. Дареніе здѣсь, по общему правилу, всегда было ревокабельно — и даръ всегда могъ быть потребованъ обратно дарителемъ. Абсолютную и, что важнѣе всего, наслѣдственную собственность donatio создавала лишь тогда, когда о правахъ наслѣдниковъ спеціально упоминалъ дарственный актъ. Это съ полной наглядностью доказываютъ дошедшіе до насъ юридическіе памятники той эпохи. Такъ, напр., по древне-англійскому праву вопросъ по отношенію къ недвижимостямъ представляется совершенно безспорнымъ. Bracton [1]) категорически заявляетъ, что „si autem ita facta esset donatio ut si dicam: do tibi tantam terram, nulla facta mentione de haeredibus, ista donatio se *non* estendit ad haeredes *nisi tantum ad vitam* donatarii" а по словамъ Britton формула: „jeo Iohanay donné à Pieres et à ses heirs taunt de terre" не была достаточна для того, чтобы создать на сторонѣ одареннаго право распоряженія вещью mortis causa, а необходимо было прибавить: a aver et tener a mesme celi Pieres et à ses heirs. Такимъ образомъ, опредѣляющимъ мо-

[1]) De legibus et consuetudinibus Angliae libri quinque. Lib. II, 39 § 6, f. 92 b.

ментомъ является то начало, что качество пріобрѣтаемаго посредствомъ donatio права устанавливается и квалифицируется волею дарителя. При этомъ наслѣдственность дара не предполагается, а должна быть спеціально оговорена, въ противномъ случаѣ donum, по смерти одареннаго, снова возвращалось къ первоначальному собственнику [1]).

Подобнаго рода конструкція даренія, весьма похожая, съ перваго взгляда, на античное precarium, встрѣчается у всѣхъ германскихъ народностей [2]). По вѣрному замѣчанію Brunner'a [3]) нѣкоторые слѣды этого воззрѣнія сохранились до нашихъ дней: и понынѣ одаряемый не вполнѣ свободенъ въ распоряженіи тѣми предметами, которые составили предметъ дара, по крайней мѣрѣ повсюду считается невѣжливымъ и неприличнымъ продать или подарить другому вещь, полученную въ даръ отъ третьяго лица.

Бенефицій или феодъ былъ, какъ мы уже упомянули, даромъ, который сюзеренъ—donator—дѣлалъ вассалу. Естественно, что положеніе послѣдняго совпадало съ положеніемъ всякаго donatorius'а вообще. Такъ, по общему правилу, ленъ предоставлялся лишь пожизненно и послѣ смерти вассала возвращался сюзерену. Но послѣдній былъ воленъ предоставить своему вассалу и наслѣдственную собственность, при чемъ дарственный актъ могъ ограничивать наслѣдственность либо однимъ нисходящимъ потомствомъ, либо однимъ поколѣніемъ, либо какимъ-нибудь другимъ требованіемъ. Бы-

---

[1]) См. Brunner, Die Landschenkungen der Merowingen und der Agilolfinger, въ его Forschungen zur Geschichte des deutschen und französischen Rechts, 1894, S. 5.

[2]) Такъ, напр., по старо-шведскому праву дареніе земельнаго участка (skötning) не переноситъ полной собственности на одаряемаго. Если противное не оговорено въ дарственномъ актѣ, участокъ послѣ смерти одаряемаго можетъ перейти только къ его дѣтямъ; за отсутствіемъ таковыхъ—онъ возвращается donator'у или его наслѣдникамъ. Далѣе donatarius, по общему правилу не имѣетъ права отчуждать, безъ согласія donator'a, полученную землю. См. подробно объ этомъ v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht, I, 1882, S. 510, 511; II, 1892, S. 620 ff.

[3]) Loc. cit.

вали, наконецъ, случаи пожалованія лена въ полную и наслѣдственную собственность [1]). Все зависѣло отъ доброй воли дарителя-сюзерена, который въ силу тѣхъ или иныхъ соображеній или подъ давленіемъ тѣхъ или другихъ обстоятельствъ жаловалъ вассалу большій или меньшій комплектъ правомочій.

Другой отличительной чертой леннаго владѣнія была неотчуждаемость феода—по крайней мѣрѣ въ болѣе ранній періодъ существованія бенефиціарной системы. Вассалъ не имѣлъ права передавать пожалованнаго помѣстья другому лицу, ни безмездно, ни за вознагражденіе, безъ вѣдома и разрѣшенія сюзерена [2]). Это правило непосредственно вытекало изъ личнаго характера вассальнаго отношенія; даруя помѣстье, сюзеренъ имѣлъ въ виду вознаградить опредѣленное, лично ему извѣстное лицо и заручиться его вѣрностью, между тѣмъ свобода распоряженія леномъ имѣла бы послѣдствіемъ подставленіе одного вассала на мѣсто другого.

Такова, въ немногихъ словахъ, сущность ленныхъ отношеній. Сюзеренъ былъ дарителемъ, вассалъ донатаріемъ. Этимъ и объясняются тѣ свойства феодальнаго владѣнія, на которое мы только что указали. Долгое время они стояли передъ изслѣдователемъ тревожной загадкой, не допускавшей объясненія съ точки зрѣнія римской конструкціи даренія. И для разрѣшенія ея стали прибѣгать къ ученію о верховной собственности франкскихъ королей на всѣ земли, всю территорію. Этой гипотезой (ибо доказательствъ никогда представлено не было) думали объяснить и ревокабельность бенефицій и ограниченныя права вассаловъ. Но, какъ мы видѣли, теорія Obereigenthum находится въ явномъ противорѣчіи со всѣмъ строемъ государственной жизни герман-

[1]) Примѣръ см. у Guizot, Études sur l'histoire de France, p. 108 et suiv.

[2]) Durandus, Speculum juris, tit. de feudis, 30: de rigore tamen juris videtur quod invito domino—non potest feudum alienare.

цевъ и основанныхъ ими монархій. Этому понятію суждено было появиться и сыграть свою роль лишь позднѣе, послѣ того какъ феодализмъ, вылившись въ строго опредѣленныя формы, пересоздалъ весь общественно-политическій строй западной Европы и привелъ къ новому типу государства, основанному на частно-правовыхъ договорныхъ началахъ. Понятіе dominium eminens или „верховной" собственности, противополагаемой „низшей", появляется не ранѣе XI—XII вѣка. Съ нимъ вмѣстѣ пробиваетъ себѣ дорогу и новый взглядъ на территорію какъ на объектъ королевской власти.

Спрашивается, какіе же факторы обусловили собою такую перемѣну и по какому пути пошло тогдашнее правосознаніе, чтобы настолько отрѣшиться отъ величаваго римскаго imperium и придать частно-правовой характеръ понятію государственнаго властвованія? Чтобы разрѣшить этотъ вопросъ, намъ необходимо ознакомиться, прежде всего, съ юридическою конструкціею леннаго или феодальнаго отношенія.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

DOMINIUM UTILE И DIRECTUM.

---

§ 20. Конструкція вытекавшихъ изъ ленной связи отношеній представила для юристовъ, на первыхъ порахъ, значительныя трудности. Воспитанные на Corpus Juris и мыслившіе, такъ сказать, римскими категоріями, глоссаторы всѣ явленія государственной жизни подводили подъ рамки цивильнаго права. Помимо римско-правовыхъ понятій для нихъ ничего не существовало, и съ ихъ помощью и стали оперировать они при анализѣ леннаго договора.

Отличительной чертой германскаго института даренія было, какъ мы видѣли, то, что у дарителя-сеньёра оставался извѣстный комплексъ правомочій. Благодаря этому свойству, бенефиціарная система, на первый взглядъ, представляла извѣстное сходство съ римскимъ понятіемъ узуфрукта. И дѣйствительно, первые толкователи феодальнаго права стали отождествлять положеніе вассала съ положеніемъ узуфруктуарія. Это воззрѣніе, повидимому, одно время пользовалось довольно большимъ кредитомъ; по крайней мѣрѣ большинство позднѣйшихъ легистовъ считаютъ долгомъ своимъ обстоятельно его опровергать. Такъ, напр., извѣстный Franciscus Hotomanus, останавливаясь въ своей Disputatio de jure feudali (Coloniae, 1573) на этомъ вопросѣ, указываетъ на 18 пунктовъ различія между узуфруктомъ и феодальнымъ контрактомъ.

На смѣну теоріи узуфрукта явилась другая, въ основу которой легло дѣленіе понятія собственности — dominium — на два вида — dominium utile и dominium directum. Согласно этому воззрѣнію, у сеньёра оставалось *верховное* право собственности на ленъ — dominium directum, Obereigenthum, тогда какъ къ вассалу переходило *низшее* право — но вмѣстѣ съ тѣмъ и фактически наиболѣе важное — dominium utile, Untereigenthum. Есть основаніе думать, что ученіе это навѣяно было римскимъ дѣленіемъ actiones на directae и utiles, при чемъ различіе между исками было перенесено на самое право [1]). Какъ бы то ни было, но теорія dominii divisi вскорѣ сдѣлалась господствующей, и изъ нея стали исходить при конструкціи даже чисто-цивильныхъ институтовъ, какъ superficies, emphyteusis, bonorum possessio и т. д. Такъ, напр., въ глоссѣ къ 1 1, 2 D. de bon. poss. мы читаемъ: „bon. possessio tribuit dominium utile, nam directum solus heres habet", въ глоссѣ къ 1 2 D. de superf.: „non enim jure directo, sed utiliter superficiarius est dominus" [2]).

Развитію этого ученія содѣйствовали всѣ корифеи юридической науки. Особенно ясное очертаніе получило оно въ изложеніи знаменитаго Baldus'a, энергично возставшаго противъ тѣхъ, которые относились отрицательно къ теоріи раздвоенія собственности. „Quidam tamen dicunt, читаемъ мы у этого автора, quod utile dominium est chymera dicentes, quod utile dominium non est aliud, quam ipsa utilitas sine proprietate consistens: nec est quid distinctum ab usufructu perpetuo et transmissibili. Sed isti nesciunt quid dicant, quia proprietas est dominium superius, cuius inventio est de jure gentium. Utile vero dominium est dominium inferius quod subalternatur directo, ut in feudo vel emphyteosi; vel quod conservatur ut in dominio prescripto, quia prescriptiones sunt

---

[1]) См. Landsberg, Die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigenthum, 1883, S. 97.

[2]) Слѣдуетъ замѣтить, что у глоссаторовъ терминъ dominium — largo sensu — означалъ вообще всякое вещное право, см. Landsberg, op. cit., § 1.

de jure positivo, et dominia sunt de jure gentium ideo per prescriptionem longi, vel longissimi temporis, dominium directum non usurpatur sed quaedam qualitas dominii inesse producetur, quae appellatur utile dominium. Porro directum dominium non transfertur de voluntate vera, vel interpretativa ipsius domini" [1]).

На этой необходимости проведенія грани между обоими понятіями настаиваетъ и вся школа Бартола [2]).

Со временъ Куяція, однако, въ рядахъ легистовъ возникла оппозиція, и многіе стали требовать возвращенія къ первоначальной римской конструкціи собственности; — таковы были, помимо самого Куяція, Дуаренъ, Допеллъ, Цазій и др. [3]).

Тѣмъ не менѣе, разсматриваемая теорія успѣла пустить слишкомъ глубокіе корни и представляла слишкомъ удобное рѣшеніе многихъ сомнительныхъ и трудныхъ вопросовъ, чтобы отъ нея легко было отказаться. Воспринятою оказалась она во многихъ офиціальныхъ документахъ (см. Instrum. pac. Osnab. art. V, § 27: dom. quodam directo), перешла она и въ гражданское законодательство. Такъ, напр., прусскій Ландрехтъ (I, 8 § 20; I, 18 § 1), австрійскій Gesetzbuch

---

[1]) Baldi Perusini, In usus feudorum commentaria, Lugduni, 1552, fol. 4, № 24.

[2]) Bartolus, ad l 16 D. 42, 2, категорически заявляетъ, что dom. duo sunt: directum et utile. Fr. Hotomanus, Disputatio de jure feudali, cap. 33, различаетъ dom. *infinitum*, quod est jus utendi atque abutendi re quapiam suo arbitratu, отъ dom. *finitum*, quod est jus certis legibus, interdum etiam ita angustis finibus circumscriptum, ut propemodum inane ac nudum esse videatur. Dom. finitum, въ свою очередь, раздѣляется на dom. utile и dom. directum.

[3]) Matthaeus de Afflictis, Comm. in feudor. usus, 1629, p. 416, № 3, различаетъ „triplex dominium": directum, utile et dom. utile subalternatum, quod subalternatur directo. Ср. Thibaut, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts, II, 1801, 3e Abh., S. 77. Вообще o dom. util. и dir. см. Duncker, въ Zeitschrift für deutsches Recht, B. II; Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, I, S. 95; Gierke, J. Althusius, etc., S. 268 ff.; Landsberg, op. cit., § 2.

(§ 357) и др. стремятся провести различіе между Ober- и Untereigenthum [1]).

Наибольшее значеніе, однако, теорія dominii divisi получила на той почвѣ, на которой возникла, а именно въ области конструкціи ленныхъ отношеній. Съ самаго начала до послѣднихъ дней существованія феодальнаго строя ленная связь не перестаетъ пониматься какъ переносъ на вассала dominii utilis, съ сохраненіемъ за сеньёромъ dominii directi. По опредѣленію Dumoulins „feudum est benevola, libera et perpetua concessio rei immobilis vel aequi pollentis cum translatione utilis dominii proprietate retenta, sub fidelitate et exhibitione servitiorum“, и всѣ толкователи феодальнаго права усматриваютъ именно въ этомъ существенный признакъ леннаго отношенія [2]).

§ 21. Вассалъ, такимъ образомъ, являлся держателемъ dominii. Вмѣстѣ съ тѣмъ, онъ обладалъ и извѣстными публично-правовыми полномочіями. Онъ былъ не только собственникъ, но и властитель, на него вмѣстѣ съ dominium переходило и imperium. Это смѣшеніе обѣихъ функцій — собственника и правителя — и составляетъ характерную черту средневѣковаго строя и феодальнаго права, и этой чертой послѣднее было всецѣло обязано именно германскому міровоззрѣнію.

---

[1]) Ср. Kraut, Grundriss zu Vorlesungen über das deutsche Privatrecht, 3 Auf., 1845, § 106.

[2]) См., напр., C. Poquet de Livonnière, Traité des fiefs, 5e éd. 1771, p. 24: La substance du fief consiste proprement dans le transport de la seigneurerie utile et dans la rétention de la seigneurerie directe; Boehmer, Principia juris feudalis, 8e ed., 1819, § 2: feudum est dominium utile certae rei, quod, retento dominio directo, alteri conceditur sub obligationae mutuae fidelitatis specialis; ср. § 35. Въ Даніи, однако, дѣло обстояло иначе. Такъ, по крайней мѣрѣ, P. K. Ancher, Dänisches Lehnrecht, über. von Bärens, 1788, § 49, утверждаетъ, что здѣсь у мелкопомѣстныхъ вассаловъ не было dominium utile. Вассалъ былъ лишь узуфруктуаріемъ, но и это выраженіе, говоритъ А., слѣдуетъ понимать „nach dem Inhalte der Lehnsbriefe und nicht nach dem Begriffe des Römischen Rechts“. Вассалъ, повидимому, никогда не утратилъ свойствъ королевскаго чиновника.

Какъ въ настоящее время доказано, въ понятіе dominium, землевладѣнія, у древнихъ германцевъ искони входилъ элементъ власти, покровительства, личной связи, чѣмъ это понятіе и отличалось отъ римскаго [1]). По общему правилу, владѣлецъ недвижимости былъ не только хозяиномъ ея, но и покровителемъ лицъ, на ней живущихъ, ихъ судьей и администраторомъ. Въ dominium сливались, такимъ образомъ, два элемента: цивилистическій и публично-правовой.

Эта двойственность состава средневѣковой собственности не могла не обратить на себя вниманія юристовъ. И дѣйствительно, сохранился разсказъ о томъ, какъ на Ронкальнскомъ съѣздѣ 1158 г. епископъ обратился къ Фридриху Барбароссѣ, величая его „dominus mundi"; императоръ пожелалъ узнать, что, въ точности, означаетъ этотъ терминъ. Юристъ Martinus отвѣтилъ, что Фридрихъ — дѣйствительный собственникъ вселенной, но болѣе добросовѣстный Bulgarus объяснилъ, что у императора не proprietas, т. е. не частноправовая собственность, а лишь jurisdictio vel protectio [2]).

Хотя подлинность приведеннаго разсказа болѣе чѣмъ сомнительна, однако въ немъ важно то, что уже въ то время, т. е. въ XII вѣкѣ, юридическій анализъ различалъ — или, по крайней мѣрѣ, пытался различать — двѣ стороны въ понятіи dominium. Вскорѣ вопросъ подвергся научной обработкѣ со стороны глоссаторовъ, которые остановили свое вниманіе на с. 3 Cod. 7, 37, гдѣ встрѣчается выраженіе „omnia principis esse intelliguntur". Первоначально подъ сло-

---

[1]) Gierke, Genossenschaftsrecht, III, S. 141: Vor allem unterschied sich das germanische Grundeigenthum vom römischen dominium durch seinen viel umfassenderen stofflichen Gehalt. Denn während das letztere als rein privatrechtlicher Begriff die Sache nur als Vermögensbestandtheil setzte, war das germanische Eigen von je gleichzeitig Grundherrschaft und Grundvermögen und barg in einer Hülle die Keime der heutigen Gebietshoheit und die Keime des heutigen Eigenthums. Ср. Heusler, Institutionen, I, S. 95, II, S. 48 ff.; Rehm Geschichte der Staatsrechtswissenschaft, 1896, S. 171.

[2]) См. Pütter, Specimen juris publici, 192.

вомъ omnia понимали *всѣ* вещи, находящіяся въ предѣлахъ территоріи, и государю (princeps) приписывали непосредственное право собственности надъ ними. Ко времени Аккурсія, однако, стало ясно, что означенное мѣсто кодекса имѣетъ въ виду лишь фискальныя имущества [1]).

Какъ бы то ни было, но несомнѣнно, что въ XIII вѣкѣ въ литературѣ стало отчетливо проводиться различіе между dominium ratione proprietatis и dominium ratione jurisdictionis, и это различіе, въ свою очередь, оказало громадное вліяніе на развитіе политическихъ отношеній. Власть сюзерена уже могла смѣло конструироваться какъ собственность — и юристы со спокойнымъ сердцемъ могли провозглашать императора и даже папу обладателемъ dominii mundi directi [2]). Частноправовой элементъ получилъ такимъ образомъ теоретическое оправданіе для конструкціи явленій государственной жизни, а этимъ, при помощи легистовъ, отлично сумѣли воспользоваться крупные феодалы для упроченія своего положенія и увеличенія своего могущества. Мало-по-малу положеніе королей и князей измѣняется: въ ихъ рукахъ начинаютъ сосредоточиваться всѣ функціи управленія и изъ простыхъ землевладѣльцевъ они превращаются въ „Landesherr'овъ" — самостоятельныхъ властителей.

Но на разсмотрѣніи этого процесса преобразованія феодальныхъ отношеній намъ необходимо остановиться нѣсколько подробнѣе.

---

¹) См. Georg Meyer, Das Recht der Expropriation, S. 87.
²) См. Gierke, Genossenschaftsrecht, III, S. 528.

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

ФЕОДАЛИЗМЪ И „LANDESHOHEIT“.

---

§ 22. Основнымъ территоріальнымъ дѣленіемъ франкской монархіи было графство (gau, pagus или comitatus). Во главѣ ихъ стояли особые чиновники, носившіе въ нѣкоторыхъ провинціяхъ названіе comes, въ другихъ grafio. Назначаемые королями, они въ своихъ рукахъ сосредоточивали всѣ права управленія и суда и наблюдали за исполненіемъ королевскихъ приказовъ и повелѣній. Надъ ними стояли герцоги, занимавшіе первое мѣсто въ административной іерархіи и распространявшіе свою власть, по крайней мѣрѣ по общему правилу, надъ нѣсколькими графствами. Ихъ главная обязанность заключалась въ заботѣ обо всемъ томъ, что касалось защиты страны отъ нападеній непріятеля [1]).

Однако не всѣ графы были подчинены герцогамъ, а наоборотъ, послѣдніе въ нѣкоторыхъ областяхъ сами несли функціи comes. Но въ томъ и другомъ случаѣ оба должностныя лица являлись лишь представителями короля, мѣстными органами государственной власти, безъ какихъ-либо самостоятельныхъ, имъ лично принадлежавшихъ правъ. Такъ было по крайней мѣрѣ при Карлѣ Великомъ, счастливо

---

[1]) См. P. Viollet, op. cit., I, p. 296 et suiv.; Brunner, Rechtsgeschichte, II, 1892, S. 654 ff. См. у него же о различіи между Amtsherzoge, Stammesherzoge и Titularherzoge

поборовшемъ центробѣжныя стремленія подчиненныхъ его скипетру племенъ и давшемъ франкской монархіи сильную и построенную на началѣ централизаціи государственную организацію. Но вскорѣ послѣ его смерти дѣло измѣнилось; герцоги, маркизы и даже missi dominici начали стремиться къ упроченію за собою своихъ правъ и преимуществъ на счетъ центральной власти [1]). Успѣху ихъ содѣйствовала полная неспособность преемниковъ Карла Великаго къ управленію страной, борьба ихъ съ норманнами и славянами и, наконецъ, никогда не покидавшее германскія племена стремленіе къ обособленности и сепаратизму. На практикѣ, должность графа сдѣлалась монополіей нѣсколькихъ семействъ, обладавшихъ большими земельными угодьями. Въ ихъ рукахъ сосредоточилось не только значительное фактическое могущество, но и публично-правовая власть, делегированная государствомъ; все дальнѣйшее развитіе германской монархіи въ теченіе многихъ вѣковъ заключается именно въ процессѣ захвата и присвоенія этой власти землевладѣльцами-графами, съ идущимъ параллельно уменьшеніемъ и расчлененіемъ власти короля-императора. Изъ королевскихъ чиновниковъ графы постепенно превращаются въ ленныхъ владѣтелей, упражняющихъ право суда и управленія ex jure proprio. И первой стадіей въ этой эволюціи была феодализація графской должности. Уже въ болѣе раннемъ періодѣ существованія франкскаго государства вошло въ обыкновеніе жаловать графамъ земельныя угодія на бенефиціарномъ правѣ; такимъ образомъ графъ, въ своемъ участкѣ, оказывался снабженнымъ двоякаго рода полномочіями — правами собственника и должностного лица; до сліянія этихъ обѣихъ функцій былъ только одинъ шагъ, и когда лены сдѣлались, по общему правилу, наслѣдственными, то вмѣстѣ съ тѣмъ наслѣдственными оказались и самыя

[1]) См. Berchtold, Die Landeshoheit Oesterreichs, 1862, S. 2 ff.

публичныя правомочія графовъ. Но именно этимъ нанесенъ былъ чувствительный ударъ франкскому государственному строю. Мѣсто comitatus или Gaue—административныхъ подраздѣленій—заняли частныя владѣнія, наслѣдственныя въ родѣ того или другого семейства и, фактически, почти независимыя отъ центральной власти.

§ 23. Парралельно съ этимъ шелъ процессъ преобразованія бенефиціарной системы. Въ первые годы существованія франкскаго государства бенефиціи, какъ мы уже выше упомянули, жаловались, въ громадномъ большинствѣ случаевъ, пожизненно. Земель было много, короли были, сравнительно, могущественны, и они являлись господами положенія. Съ теченіемъ времени дѣло стало измѣняться. Феодалы, заботясь о своемъ потомствѣ, естественно стремились къ тому, чтобы закрѣпить за собою навсегда королевскія пожалованія и обратить ихъ въ наслѣдственно-родовыя. Медленно, но вѣрно, принципъ наслѣдственности, леновъ начинаетъ завоевывать себѣ весь западный міръ. Въ XIII в. во Франціи уже всѣ fiefs наслѣдственны и лишь обязанность для каждаго новаго владѣльца уплачивать сеньёру особый сборъ (droit de relief) да формальность homagium напоминаютъ ему о прекарномъ характерѣ его правъ [1]).

Одинаковая судьба постигла и начало неотчуждаемости феодовъ. Но прежде чѣмъ вассаламъ удалось добиться полной самостоятельности въ этомъ отношеніи, имъ пришлось избрать средній путь и выговорить себѣ, такъ сказать, косвенную отчуждаемость леновъ. Мы имѣемъ въ виду установившійся уже ко времени каролинговъ обычай передавать весь бенефицій или часть его третьему лицу, на ленныхъ же началахъ. Эта практика на первыхъ порахъ была встрѣчена весьма сочувственно сеньёрами, но позднѣе она вы-

---

[1]) Эволюція леннаго права очень обстоятельно и наглядно изложена у Esmein, Cours élémentaire d'histoire du droit français, 3-me éd. 1898, p. 194 et suiv. Ср. Viollet, op. cit., I, 433.

звала противъ себя реакцію. Въ Англіи Эдуардъ I вовсе запретилъ подобную субинфеодацію (статутъ quia emptores), а во Франціи обычай ограничилъ право распоряженія извѣстной частью лена. Но, несмотря на эти ограниченія, брешь была пробита, и къ XIV в. начало неотчуждаемости принуждено было уступить мѣсто принципу свободнаго распоряженія феодомъ. Отнынѣ вассалъ могъ продавать, дарить и т. д. свои владѣнія, не спрашивая на то разрѣшенія своего сеньёра.

Такимъ образомъ, ленныя отношенія съ теченіемъ времени стали утрачивать свой первоначальный прекарный характеръ и неудержимо тяготѣть къ наибольшей независимости вассала. Результатъ этой эволюціи извѣстенъ: къ концу XIII в. центръ тяжести государственной жизни окончательно перемѣстился, идея государства вовсе отрѣшилась отъ античныхъ элементовъ и вся феодальная Европа оказалась раздѣленной на множество болѣе или менѣе крупныхъ политическихъ организмовъ, фактически совершенно независимыхъ и формально связанныхъ лишь весьма слабыми узами съ Lehnsherr'омъ или королемъ.

§ 24. Въ процессѣ преобразованія франкской монархіи существенную роль сыграли такъ называемыя privilegia immunitatis.

Корни этого института были двоякаго рода. Съ одной стороны, онъ явился послѣдствіемъ того положенія, которое сумѣла завоевать себѣ христіанская церковь, начиная со временъ Константина Великаго. Одна изъ важнѣйшихъ привилегій, которыя церковь получила отъ императоровъ, заключалась въ офиціальномъ признаніи того права внутренней и автономной юрисдикціи, которое въ теченіе первыхъ вѣковъ выработалось среди послѣдователей Учителя. Въ нововозникшихъ общинахъ не замедлила появиться болѣе или менѣе правильная организація; епископы присвоили себѣ дисциплинарную власть надъ членами общины и право

исключенія изъ ея состава лицъ, впавшихъ въ тяжкій грѣхъ (отлученіе). Но мало того, съ самыхъ первыхъ временъ, христіане стали для разрѣшенія возникавшихъ между ними споровъ обращаться не къ государственнымъ судамъ, а къ выбраннымъ изъ ихъ среды третейскимъ судьямъ. При христіанскихъ императорахъ дисциплинарныя функціи епископа получили официальное признаніе, равно какъ и ихъ право быть арбитрами по гражданскимъ спорамъ между послѣдователями новой религіи.

Франкскіе монархи, съ своей стороны, не только не посягнули на дарованныя римскими императорами христіанской церкви права, но еще значительно ихъ расширили. При Хлодвигѣ состоялся, по выраженію одного изъ новѣйшихъ изслѣдователей исторіи права этой эпохи [1]), союзъ между королями и епископами. Послѣдніе, благодаря энергичному распространенію христіанства среди варваровъ, подготовили путь къ распространенію власти франкскихъ вождей, и побѣды Хлодвига и его преемниковъ надъ бургундами, вестготами и др. народностями приняли характеръ торжества католицизма надъ ересью. Это обстоятельство, въ связи съ нравственнымъ величіемъ ученія христіанства и умной политикой какъ римскаго первосвященника, такъ и епископовъ вообще, служитъ объясненіемъ того значенія и могущества, которыя пріобрѣла церковь во франкской монархіи. Тѣсный союзъ съ центральной властью обезпечилъ епископамъ громадное политическое вліяніе, а щедрыя земельныя пожертвованія, которыя дѣлались въ ихъ пользу королями, обратили ихъ въ крупныхъ поземельныхъ собственниковъ. При этомъ епископамъ обыкновенно предоставлялся цѣлый рядъ весьма существенныхъ привилегій, обнимаемыхъ понятіемъ *иммунитета*. Сюда относились, во-первыхъ, свобода отъ прямыхъ налоговъ и, во-вторыхъ, неподсудность населенія, домицилированнаго на церковныхъ

---

[1]) Esmein, Histoire du droit français, 1898, p. 157.

цогствъ (Herzogthümer). Началась усиленная борьба [1]) королей съ герцогами, окончившаяся пораженіемъ послѣднихъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ и нанесшая глубокія раны независимости и крѣпости центральной власти. Послѣдней, для успѣшнаго противодѣйствія герцогамъ, пришлось во время ея вступать въ союзъ съ мелкими феодалами-графами и надѣлять ихъ все бо̀льшими и бо̀льшими правами. Такимъ образомъ власть, которую сумѣли себѣ отвоевать племенные герцоги, не вернулась къ территоріальнымъ ея держателямъ-королямъ, а сдѣлалась достояніемъ королевскихъ же вассаловъ. Послѣдніе въ свою очередь распались на двѣ категоріи: на principes или Fürsten и на freie Herren (domini, dynastae, barones).

Первые, завися непосредственно отъ Имперіи, должны были владѣть по крайней мѣрѣ однимъ древнимъ графствомъ со всѣми правами, принадлежавшими до сихъ поръ герцогамъ, вторую же группу составляли всѣ прочіе землевладѣльцы, безразлично, обладали ли они поземельной собственностью на ленномъ или аллодіальномъ правѣ [2]).

Права князей и freie Herren первоначально покоились на молчаливомъ признаніи со стороны центральной власти. Но все громче и громче стали раздаваться голоса, требовавшіе формальнаго ихъ признанія, и уже Фридрихъ II вынужденъ былъ уступить.

Двумя актами—отъ 1220 г. для духовныхъ и 1282 г. для свѣтскихъ ленниковъ—онъ торжественно отказался отъ нѣкоторыхъ своихъ правъ въ пользу сословій князей (Reichsfürstenstand).

Съ этого времени послѣдніе стали носить имя domini terrae или Landesherren, а владѣнія ихъ territoria или Länder.

§ 25. Съ юридической точки зрѣнія положеніе этихъ

---

[1]) См. Berchtold, Die Landeshoheit Oesterreichs, loc. cit.
[2]) Otto Meyer, Einleitung in das deutsche Staatsrecht, 1889, S. 42.

domini terrae на первыхъ порахъ представило весьма пеструю картину.

Въ самомъ дѣлѣ, въ составъ территорій входили самаго разнообразнаго свойства земельныя владѣнія — и лены, и аллоды и участки, принадлежавшіе городамъ, императору и т. д.; точно также населеніе территорій было связано съ dominus самыми разнородными правовыми узами. Благодаря этому и содержаніе власти Landesherr'а, такъ называемая Landeshoheit, представлялось аггрегатомъ всевозможныхъ полномочій и конструировалось не какъ единое право, а какъ совокупность отдѣльныхъ правъ, весьма различныхъ въ различныхъ территоріяхъ.

Дальнѣйшій процессъ развитія понятія Landeshoheit заключается въ постепенномъ расширеніи правъ князей на счетъ власти императора. Подробное изученіе этого процесса не входитъ въ нашу задачу [1]). Ограничиваемся поэтому указаніемъ на то, что въ первой половинѣ XVII в. Landeshoheit получила свою окончательную форму, санкціонированную Вестфальскими трактатами [2]). По существу своему это понятіе, однако, осталось неизмѣннымъ, и какимъ оно было въ XIV в., такимъ и осталось въ XVIII в. По опредѣленіи Schmauss'а [3]), писателя этого послѣдняго вѣка, „es ist heut zu Tage die superioritas territorialis in regula ein Complexus aller derjenigen Rechte die zur Regierung von Land und

---

[1]) По этому вопросу см. D. G. Struben, Nebenstunden, 1789, IV, Abh. 22; J. St. Pütter, Beiträge zum teutschen Staats- und Fürstenrechte, 1777, S. 107 ff.; J. J. Moser, Von der Landeshoheit derer teutschen Reichsstände, 1773; Eichhorn, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, 5 Auf. 1843, II, S. 299 ff; Maurer, s. v. „Landeshoheit" въ Staatswörterbuch.

[2]) Instrum. pacis Osnab. art. VIII § 1: ut autem provisum est, ne posthac in statu politico controversae suboriantur, omnes et singuli electores, principes et status imperii romanii in antiquis suis juribus, praerogativis, libertate, privilegiis, libero juris territorialis, tam in ecclesiasticis quam politicis exercitio, ditionibus, regalibus, harumque omnium possessione vigore hujus transactionis ita stabiliti firmatique sunto ut a nullo unquam sub quocunque praetextu de facto turbari possint vel debeant.

[3]) Compendium juris publici, 293.

Leute erfordert, und von den Landesherren aus eigener Gewalt und mit Anschliessung des Kaysers in den Gränzen eines territorii ausgeübet werden". Такимъ образомъ территоріальное верховенство мыслится не какъ единая, всеобъемлющая государственная власть, а какъ конгломератъ отдѣльныхъ, исторически измѣнчивыхъ полномочій. И эти „куски" понятія superioritas territorialis, по выраженію **Мозера**[1], носили спеціальное названіе *„регалій"*. Самой важной изъ нихъ, безъ которой всѣ другія теряли всякій смыслъ и значеніе, было право уголовной и гражданской юрисдикціи въ предѣлахъ территоріи; затѣмъ шли т. наз. Heerbann, право взимать налоги, чеканить монету и т. д. Однако, само по себѣ обладаніе той или другой регаліей или даже тѣми или другими регаліями не составляло еще Landeshoheit: отдѣльныя регаліи были и у Hintersassen, у посредственныхъ мелкихъ владѣльцевъ;—Landersherr'ы же должны были, во-первыхъ, владѣть всѣми или почти всѣми регаліями, во-вторыхъ, они зависѣли исключительно отъ имперіи и, въ третьихъ, superioritas territorialis требовала для своего упражненія извѣстной территоріи, извѣстнаго участка земли, тогда какъ регалія, какъ таковая могла заключаться въ какихъ-либо правомочіяхъ, внѣ всякой зависимости отъ земельно-территоріальнаго элемента[2]. Этотъ послѣдній элементъ являлся такимъ образомъ единственнымъ матеріальнымъ признакомъ, объединяющимъ ту неструю смѣсь разнородныхъ полномочій, которыми обладалъ территоріальный властитель. При всемъ разнообразіи связей, существовавшихъ между нимъ и различными группами населенія, расположившагося на его территоріи, при всей пестротѣ земельныхъ отношеній, характеризовавшей тогдашнія политическія тѣла—однимъ Landesherr отличался отъ всѣхъ другихъ землевладѣльцевъ и вассаловъ, однимъ

---

[1]) Von der Landeshoheit, S. 8.

[2]) См. **Moser**, op. cit., 210.

элементомъ объединялся конгломератъ упражняемыхъ имъ правъ. Этимъ центральнымъ фокусомъ, въ которомъ сходились всѣ лучи государственнаго строя, было понятіе *вещности власти и имущественно-правового характера* принадлежавшей Landesherr'y Landeshoheit. Согласно одному классическому опредѣленію „die Landeshoheit in Reichsgesetzmässigen Sinne ist nichts anders, *als das Eigenthum aller und jeder in einem Lande von dessen Gerechtsame,* oder eines Besitzer eines Landes Unabhängigkeit in Ausübung seiner alt hergebrachten Gerechtsame vom jedem anderen [1]).

Landesherr, такимъ образомъ, мыслился, какъ собственникъ своихъ правомочій. Но понятіе „собственности", въ данномъ случаѣ, во многомъ отличалось отъ частноправовой proprietas. Къ тому времени, когда изъ феодальныхъ владѣльцевъ выдѣлились наиболѣе могущественные и образовали изъ себя Reichsfürstenstand, понятіе dominium, собственности, успѣло обособиться отъ imperium — публичноправового властвованія. Этому, помимо успѣховъ, сдѣланныхъ за пяти-шестивѣковый періодъ теоретической мыслью и наукой права, способствовали и политическія обстоятельства. Образованіе территорій не обошлось безъ умаленія власти многихъ болѣе или менѣе крупныхъ земельныхъ собственниковъ; въ своемъ стремленіи къ „собиранію земли", Landesherr'ы наносили постоянные удары феодальному строю и, распространяя свою власть надъ новыми областями, все болѣе и болѣе нарушали принципъ соединенія публичныхъ правомочій съ владѣніемъ землею. Путемъ постепенной консолидаціи они мало-по-малу сосредоточивали въ своихъ рукахъ тѣ права, которыя принадлежали вассаламъ, уничтожая этимъ преграды, удалявшія ихъ отъ населенія. Съ теченіемъ времени число Landesherr'овъ, обладавшихъ территоріей на правѣ полной собственности, дѣлается все меньше и меньше,

---

[1]) Neue Staatskanzlei, 8, S. 239.

все чаще и чаще встрѣчаются политическіе организмы, составленные изъ самыхъ разнородныхъ частей и связанныхъ только личностью главы, domini terrae. Однако, основнымъ титуломъ власти все-таки считалось право собственности. Этимъ титуломъ и воспользовались германскіе сюзерены для объединенія тѣхъ отдѣльныхъ правомочій, которыя входили въ составъ принадлежавшей имъ Landeshoheit, но уже въ видоизмѣненной формѣ. Не будучи въ состояніи утверждать, что они суть истинные собственники *всей* территоріи, пришлось прибѣгнуть къ смягченной теоріи и создать новое понятіе „верховной собственности".

§ 26. Этому, однако, предшествовала попытка построить все содержаніе Landeshoheit при помощи выработавшихся на почвѣ феодальныхъ отношеній понятій dominium utile и directum. Такъ, напр., по мнѣнію Justus Meier'a [1]), „principes, comites, barones et alii majores aut minores magistratus in provinciis et territoriis suis habent aliquod *dominium* et *proprietatem* in *totam terram* subjectam". Подданные же, продолжаетъ Мейеръ, по отношенію къ принадлежащему имъ имуществу обладаютъ „bonitarium, aut possessionis, aut utilis dominium", тогда какъ права государства и его органовъ могутъ быть характеризованы какъ „dom. quiritarium quasi aut directum, aut territoriale, aut quo modo nominare libeat".

Подобная постановка вопроса, однако, представлялась явною натяжкою. Сколь ни была мало развита въ то время юридическая техника, отъ ученыхъ правовѣдовъ, тѣмъ не менѣе, не могло ускользать то глубокое различіе, которое существовало между юридическимъ положеніемъ Landesherr'a и феодальнымъ сеньёромъ. Въ составъ территоріи входили, какъ мы видѣли, весьма разнородные элементы, и титулы владѣнія были самые разнообразные. Степень и интенсивность

---

[1]) Collegium Argentoratense, Argent. 1657, ad Pandect., lib. 41 tit. I § 5 (p. 1117).

власти сюзерена по отношенію къ тому или другому классу населенія далеко не повсюду были одинаковы, и сама власть уже давно не носила того абсолютнаго характера, который характеризуетъ правомочія собственниковъ. Къ тому же времени imperium начали уже отличать отъ dominium и перестали выводить одно изъ другого. При такомъ положеніи вещей, конструкція Landeshoheit какъ dominium directum явно не соотвѣтствовала дѣйствительности, и многіе писатели XVII столѣтія считаютъ поэтому своимъ долгомъ обстоятельно доказывать, что оба понятія не совпадаютъ; такъ, напр., поступаетъ Frayss [1]), который подробно останавливается на этомъ вопросѣ и съ самаго начала констатируетъ, что „a jure feudi etiam plurimum differt jus territorii".

§ 27. Такимъ образомъ, въ чистомъ своемъ видѣ, феодальная правовая конструкція къ XVI вѣку оказалась не пригодною для объясненія тѣхъ отношеній, которыя выработала жизнь. На смѣну ея явилось новое ученіе, влившее, однако, лишь старое вино въ новые мѣха и представившее изъ себя, въ сущности, только модификацію теоріи dominii directi. Мы имѣемъ въ виду выставленную юриспруденціею XVI—XVIII ст. категорію *dominium eminens*, коей суждено было сыграть громадную роль въ дальнѣйшей судьбѣ понятія территоріальнаго верховенства и соприкосновенныхъ съ нимъ институтовъ. Однимъ изъ первыхъ протагонистовъ новаго направленія оказался великій „отецъ" международнаго права—Гуго Гроцій.

По ученію Гроція, право частной собственности возникло въ сравнительно позднее время. Первоначально, существовала общая собственность всѣхъ людей на предоставленныя имъ Богомъ блага; всякій могъ употреблять любую вещь, уничтожать ее и т. д. по своему усмотрѣнію. Съ теченіемъ времени, людскіе пороки, породившіе новыя

[1]) De jure territorii, diss., Lugd. Bat., 1678, cap. II, exhibens definitionem juris territorii.

потребности, вынудили ихъ измѣнить существующій порядокъ и установить частную собственность. Переходъ отъ общей къ частной собственности не былъ результатомъ волеизъявленія отдѣльныхъ лицъ, а явился послѣдствіемъ договора, явнаго (напр., дѣлежъ земель) или молчаливаго (напр., оккупація). Однако, первоначальное право всѣхъ, всего общенія людей, не исчезло безслѣдно; напротивъ того, „это право можетъ при случаѣ и проявляться, чѣмъ, по мнѣнію Гроція, и оправдывается институтъ крайней необходимости: лицо, которому грозитъ голодная смерть, посредствомъ кражи съѣстныхъ припасовъ осуществляетъ свое первоначальное право на всѣ вещи. Поэтому и самое понятіе собственности, dominium, слагается изъ двухъ элементовъ: изъ facultas vulgaris и jus eminens [1]) [2]).

Первое предоставлено частнымъ лицамъ въ ихъ собственномъ интересѣ—usus particularis causa comparata est, вторая принадлежитъ людскому общенію, стоитъ надъ facultas vulgaris communis и можетъ быть упражняема въ интересахъ всеобщаго блага [3]) [4]). Содержаніе же этого jus eminens заключается въ томъ, что государство или тотъ, который является его представителемъ, можетъ пользоваться имуществомъ частныхъ лицъ, его уничтожать или отчуждать не только въ случаѣ крайней необходимости, но также и ради общей пользы [5]).

---

[1]) О роли и значеніи dom. emin. см. L. Stein, Die Verwaltungslehre, VII, 164 ff. Штейнъ, однако, преувеличиваетъ значеніе этого понятія, утверждая, что оно „bedeutet in der That nicht ein Obereigenthum, sondern er ist in seiner deutschen Gestalt vielmehr das höhere Recht der Staatsidee überhaupt“.

[2]) По терминологіи Г. Гроція facultas соотвѣтствуетъ jus strictum, т. е. такому праву, корреляктивомъ котораго является обязанность пассивнаго субъекта отношенія.

[3]) De jure Belli ac Pacis, lib. I, c. I, § 6.

[4]) Комментарій Gronovius'а ad v. eminens: publica et majestatum facultas reip. aut summae potestatis in privatorum bonis. Ad v. vulgaris: privatorum facultas in bonis suis.

[5]) Lib. III, c. XX, § 7: alibi diximus, res subditorum sub eminenti dominio esse civitatis, ita civitas, aut qui civitatis vice fungitur, iis rebus uti,

Ученіе Г. Гроція послѣ кратковременной борьбы [1]) вскорѣ получило всеобщее признаніе. Поборниками его выступили Crusius [2]), Horn [3]), Conring [4]), Erhard [5]) и цѣлый рядъ другихъ писателей, а къ концу XVIII столѣтія теорія dominium eminens сдѣлалась однимъ изъ краеугольныхъ камней государственнаго правового зданія. Ею стали оправдывать, между прочимъ, всякое посягательство со стороны власти на имущество и права подданныхъ. Такъ, по мнѣнію Crusius'а (loc. cit. p. 2) государство можетъ, ради общаго блага: распоряжаться имуществомъ подданныхъ и его уничтожать; лишать должностей; высылать гражданъ изъ своихъ предѣловъ; вмѣшиваться въ ихъ сдѣлки и требовать заключенія той или другой изъ нихъ, напр., принуждать къ дачѣ взаймы денегъ; ревоцировать сдѣланный подданному даръ и т. п. Точнаго опредѣленія этого понятія, однако, мы напрасно стали бы искать. У писателей XVII вѣка дѣло обыкновенно ограничивается экземплификаціей и попыткой провести болѣе или менѣе опредѣленную грань между dominium eminens и другими видами власти. Такъ, напр., Horn подробно доказываетъ, что dom. emin. есть нѣчто отличное отъ protectio, administratio, jurisdictio, imperium и ordo reipublicae aut necessitas, и различіе это усматриваетъ именно въ томъ, что dom. emin. — *verum dominium*. Можно, думается намъ, не ошибаясь утверждать, что юридическое зна-

easque etiam perdere et alienare possit non tantum ex summa necessitate, quae privatis quoque jus aliquod in re aliena concedit, sed ob publicam utilitatem, cui privatas cedere illi ipsi voluisse censendi sunt, qui in civilem coetum coierunt. Cp. ibid. c. XIX, § 7; lib. II, c. XIV, § 8.

[1]) Противникомъ Г. Гроція выступилъ Leyser въ двухъ разсужденіяхъ: Dissertatio juridica de proprietate rerum, Wittelb. 1658, и Dissert. pro imperio contra dominium eminens, Wittelb. 1673. О немъ и его полемикѣ съ Horn'омъ см. G. Meyer, Das Recht der Expropriation, S. 125 ff.

[2]) Tractatus de praeeminenti dominio, въ Opuscula varia politica-historica, 1668.

[3]) Architectonica de civitate, ed. Kuchenbecker, Lugd. Bat. 1699, cap. IV.

[4]) Dissertatio de dominio eminenti, 1667.

[5]) De eminentis majestatis dominio, Argentor. 1661.

ченіе dominium eminens заключалось въ той объединяющей роли, которую оно играло по отношенію къ отдѣльнымъ правомочіямъ, входившимъ въ то время въ составъ государственной власти. Несмотря на то, что къ XVII вѣку imperium въ трудахъ теоретиковъ успѣло выдѣлиться отъ dominium и мыслилось какъ нѣчто отличное, по существу своему, отъ землевладѣнія, Landeshoheit, тѣмъ не менѣе, едва ли могла быть сведена къ какому-либо единству безъ соединительнаго звена имущественно-вещнаго характера. Теорія верховнаго права суверена и составляетъ специфическую особенность государствъ, выросшихъ на почвѣ феодальныхъ отношеній. Она явилась отголоскомъ леннаго контракта и того своеобразнаго правового характера, который присущъ былъ, какъ мы выше видѣли, германской donatio. Поэтому въ тѣхъ странахъ, гдѣ феодальный строй не привился, понятіе dominium eminens осталось неизвѣстнымъ [1]).

Дальнѣйшее развитіе разсматриваемаго понятія заключалось въ его развѣтвленіи на *dominium* въ тѣсномъ смыслѣ слова и potestas или *jus*. Такъ, напр., по ученію Chr. Wolff'a *dominium* eminens есть jus disponendi de rebus propriis civium saluti publicae causa, *potestas* же eminens составляетъ jus de ipsis personis civium [2]). Съ большими подробностями на разсматриваемомъ вопросѣ останавливается Ickstatt [3]).

Икштаттъ начинаетъ свое изложеніе съ попытки провести опредѣленную грань между понятіями dominium и imperium, при чемъ подъ послѣднимъ понимаетъ право государства dirigendi actiones subditorum ad salutem civitatis obtinendam (§ VI). Это право, однако, не распространяется на

[1]) Такъ, напр., въ Московскомъ государствѣ этого понятія никогда не было, см. В. И. Сергѣевичъ, Лекціи и изслѣдованія, 1883, стр. 940 (противъ Лакіера и Неволина).

[2]) Institutiones juris naturae et gentium, 1749.

[3]) Jus majestaticum imperii eminentis, 1765.

имущество гражданъ: imperanti nullum jus competit in bona civium privata (§ XIII). Исключеніе, однако, составляетъ status absolutae necessitatis: въ этихъ случаяхъ imperanti jus competit in bona civium privata quo ad substantiam (§ XVI), при чемъ это право есть dominium, т. е. jus de ipsa rei substantia disponendi; въ отличіе отъ dom. vulgaris, его называютъ *dominium eminens* (§ XVII). На ряду съ этимъ у государства, въ случаѣ необходимости, есть еще и другое право, а именно jus disponendi de subditis eorumque personis—это *imperium eminens* (§ XXV), дающее ему такія полномочія, которыми оно въ обыкновенное время не обладаетъ (Икштаттъ перечисляетъ 10 послѣдствій imp. em.).

Диссертація Икштатта весьма наглядно отражаетъ господствовавшія въ его время воззрѣнія. Публично-правовые элементы государственной жизни уже успѣли обособиться отъ частныхъ. Утверждать, что между Landesherr'омъ и собственникомъ не существовало никакого различія — никто уже тогда не рѣшался. На самомъ дѣлѣ, въ предѣлахъ того же государства можно было наблюдать истинное dominium и imperium: князь или властитель несомнѣнно обладалъ по отношенію къ своему patrimonium или къ доменамъ иными правами, чѣмъ по отношенію къ имуществу частныхъ лицъ. Необходимо было *государственнымъ* функціямъ дать и соотвѣтствующую конструкцію. Но отрѣшиться отъ прежнихъ построеній юридическая мысль оказалась не въ силахъ; фактическій государственный строй носилъ еще слишкомъ явный патримоніальный характеръ, чтобы возможно было во всей чистотѣ провести теорію imperium и въ конструкціи государства обойтись безъ вещнаго элемента. Сколь ни пытались провести грань между imperium и dominium eminens, оба понятія имѣли одинаковое происхожденіе; оба они являлись наслѣдіемъ старины и оба свидѣтельствовали о безсиліи теоріи вырваться изъ завѣщанныхъ феодально - леннымъ строемъ юридическихъ рамокъ.

§ 28. Ученіе объ *imperium* eminens съ теченіемъ времени стало получать все болѣе и болѣе опредѣленную окраску. Все дальше и дальше удаляясь отъ своего первоначальнаго источника и расширяясь на счетъ dominium eminens, оно становится тѣмъ понятіемъ, которымъ оправдывается вторженіе государства въ сферу частныхъ интересовъ, при чемъ вещный характеръ мало-по-малу стирается и, наконецъ, окончательно отпадаетъ. Уже Gönner [1]) отождествляетъ „право необходимости", Staatsnoth, съ dom. emin., а Welcker [2]) энергично отрицаетъ, чтобы jus eminens имѣло что-нибудь общее съ Obereigenthum и виндицируетъ для него самостоятельное значеніе; съ его точки зрѣнія это не что иное, какъ „die Straflosigkeit der in einem wahren Nothstand zur Rettung ergriffenen Massregeln angewendet auf die moralische Person des Staats oder der Staatsregierung als solche".

Въ современномъ государственномъ правѣ понятіе „права необходимости" получило, какъ извѣстно, полное право гражданства; имъ обозначается предоставленная закономъ возможность поступать, въ извѣстныхъ случаяхъ, для законодателя противуконституціонно, а для правительства—противузаконно [3]).

Что же касается понятія *dominium* eminens, то ему никогда не удалось получить ясное и опредѣленное очертаніе. Смутнымъ было оно съ самаго начала—такимъ же туманнымъ осталось оно до конца. Попытка Ickstatt'а провести грань между imperium и dominium не увѣнчалась успѣхомъ: область тѣхъ мѣропріятій, которыя основаны на верховной собственности государства, оказалось крайне труднымъ отмежевать и раз-

---

[1]) Teutsches Staatsrecht, 1804, § 435; ср. Koch, Nikolaus Thaddäus von Gönners Staatslehre, 1902, S. 73, 74.

[2]) Staatslexikon, 1846, VI, s. v. „Eminens jus".

[3]) См. L. Stein, Verwaltungslehre, VII, S. 342 ff.; Bischof, Das Nothrecht der Staatsgewalt, 1860; Georg Meyer, Lehrbuch des Staatsrechts, 3 Aufl., S. 21, и приведенная у него литература; Н. Коркуновъ, Указъ и законъ, стр. 270 и слѣд.

граничить съ тѣми, которыя зиждились на правѣ приказывать, на публично-правовой почвѣ.

Поэтому въ литературѣ мы встрѣчаемся съ постояннымъ смѣшеніемъ понятій и самымъ разнообразнымъ опредѣленіемъ содержанія dom. eminens. Такъ, напр., Pufendorf видитъ въ немъ „часть“ суверенной власти государства, заключающуюся въ правѣ отнимать у гражданъ принадлежащія имъ блага—другими словами dom. eminens отождествляется съ правомъ экспропріаціи [1]).

Для Selchow'a [2]) dom. eminens состоитъ „in prohibita bonorum ad manus mortuas alienatione, restricta aedificandi libertate, impedita silvarum ruina, introducta contractuum confirmatione, et infinitis aliis juris publici privatique capitibus“. Содержаніе понятія у этого автора, такимъ образомъ расширяется до безконечности.

Еще бо̀льшая разноголосица наблюдается въ вопросѣ объ юридическомъ основаніи права государства посягать на имущества и блага частныхъ лицъ. Строго говоря, самое понятіе dom. eminens заключало въ себѣ такое основаніе: вполнѣ понятно и естественно, что собственникъ обладаетъ правомъ распоряженія—jus utendi et abutendi;—на этой почвѣ и стоялъ Г. Гроцій, говоря о „нѣжномъ“ правѣ собственности государства надъ всѣмъ, что находится въ предѣлахъ территоріи. Но эта мотивировка вскорѣ стала казаться недостаточной. Уже Erhart [3]) силится доказать, что „emin. dominium est necessarium *majestatis* consequens, fluit immediate ex majestate“, при чемъ подъ majestas онъ, очевидно, разумѣетъ верховную государственную власть—summum imperium. Ко времени Пуфендорфа, первоначальное происхожденіе dom. eminens уже окончательно забыто: его выводятъ изъ

[1]) Le droit de la nature et des gens, trad. par Barbeyrac, 1771, vol. II, liv. VIII, ch. V, § 7. Pufendorf почти дословно повторяетъ ученіе Гроція, см. выше стр. 82, 83.

[2]) Elementa juris germanici, ed. 8-a, 1795, § 436.

[3]) De eminenti majestatis dominio, Argent., 1661, § 8.

естественной справедливости [1]), изъ существа суверенной власти [2]), изъ соображеній цѣлесообразности и т. п. Основной характеръ все болѣе и болѣе отступаетъ на второй планъ, а рядомъ съ этимъ все ўже и ўже становится содержаніе самого понятія, явно уступая мѣсто публично-правовому jus или imperium eminens.

Изъ современнаго государственнаго права dominium eminens вытѣснено окончательно: всѣ его такъ называемыя послѣдствія, всѣ тѣ правомочія государства, которыя выводились изъ этого понятія, получили иное обоснованіе, ничего общаго не имѣющее съ какимъ бы то ни было посредственнымъ или непосредственнымъ правомъ государства на территорію или находящіеся въ ея предѣлахъ предметы. Но, тѣмъ не менѣе, вліяніе, которое имѣло это ученіе на публично-правовую доктрину, оказалось громаднымъ. И съ обломками его мы и по настоящее время встрѣчаемся въ двухъ областяхъ, а именно: *a*) въ англо-саксонскомъ и *b*) въ международномъ правѣ.

§ 29. Ad a) Въ Англіи съ самаго начала нормандскаго завоеванія на короля стали смотрѣть какъ на истиннаго собственника всѣхъ земельныхъ угодій, входящихъ въ составъ территоріи. Вильгельмъ I, какъ извѣстно, юридическимъ основаніемъ власти надъ завоеванной страной, титуломъ ея, выставилъ законное наслѣдованіе послѣ англосаксонскаго короля Эдуарда, который, согласно преданію, завѣщалъ ему свое королевство [3]). По справедливому замѣчанію Gneist'а, это былъ для него единственный способъ противустоять дерзкимъ поползновеніямъ побѣдоноснаго войска и неумѣреннымъ требованіямъ приближенныхъ: создана была фикція, что не нормандскій народъ завоевалъ

---

[1]) Pufendorf, loc. cit.
[2]) Burlamaqui, Principes du droit politique, 1821, ch. V, § 27.
[3]) См. Gneist, Das Englische Verwaltungsrecht, I, 1867, S. 110.

страну, а пріобрѣлъ ее герцогъ Вильгельмъ. Благодаря этому для короля оказалось возможнымъ смотрѣть на англійскую территорію какъ на личное свое достояніе, какъ на Seigneury, Dominion, Terra Regis Anglica [1]).

Эта точка зрѣнія проходитъ черезъ всю исторію поземельныхъ отношеній Великобританіи и лежитъ въ основѣ всего ея феодально-леннаго строя. „Tout fuit in luy (le Roy), et vient de luy al commencement“ говорится въ законодательныхъ памятникахъ среднихъ вѣковъ [2]). Всякій клочокъ земли, всякая недвижимость составляетъ собственность короля, который является верховнымъ леннымъ сюзереномъ — lord paramount. Всякій феодъ зависитъ непосредственно (tenants in chief) или посредственно, черезъ subinfeudation, отъ него и послѣдній villein, разъ онъ получилъ земельный надѣлъ, подвѣдомственъ столько же королю, сколько надѣлившему его лорду: послѣдній является, по отношенію къ нему, лишь представителемъ королевской власти [3]).

Эта особенность первоначальной ленной организаціи наложила специфическій отпечатокъ на весь поземельный строй Англіи и на многія отрасли частнаго права. Въ принципѣ, фикція верховнаго права короля продолжаетъ жить и въ настоящее время; и понынѣ король является „feodal chief of the country, the ultimate landowner and the lord of every man“ [4]). Теоретически, и въ наши дни воззрѣніе на королевскую власть, какъ на носительницу извѣстныхъ вещныхъ правъ по отношенію къ территоріи, лежитъ въ основѣ такихъ, напр., институтовъ, какъ treasure trove, escheat и

---

[1]) Op. cit., I, 111.

[2]) Blackstone, Commentaires sur les lois anglaises, trad. par Chompré, Par. 1822, t. II, p. 384; cp. Wertheim, Wörterbuch des englischen Rechts, 1899, s. v. «tenure».

[3]) Cp. L. Stein, Verwaltungslehre, 1868, VII, S. 112 ff.; D. I. Medley, A students manual of English constitutional history, 1894, p. 20.

[4]) Anson, The law and custom of the constitution, II, 1892, p. 3 and 303.

нѣк. др.: такъ, всякій кладъ, собственникъ котораго неизвѣстенъ, становится достояніемъ короны; къ ней же возвращается и ленъ въ случаѣ смерти всѣхъ наслѣдниковъ одареннаго или attainder [1]) временнаго его обладателя и т. п.

Идея верховной власти короля, такимъ образомъ жива и понынѣ; на практикѣ, однако, она является лишь пережиткомъ старины, офиціальной фикціей, безъ жизненнаго значенія, только лишній разъ свидѣтельствующей о консерватизмѣ англійской юриспруденціи.

Что же касается технической, такъ сказать, стороны вопроса, т. е. самой конструкціи этого верховнаго права короны, то оно несомнѣнно гораздо болѣе подходитъ—или, вѣрнѣе, подходило—подъ понятіе dominium directum, чѣмъ подъ категорію dominium eminens. Строго говоря, королевская власть, по крайней мѣрѣ первоначально, конструировалась какъ собственность въ тѣсномъ значеніи слова; ленники имѣли лишь право пользованія, обусловленное службою, вѣрностью и т. д. [2]). Теорія dominium eminens, выросшая на почвѣ континентальныхъ отношеній и являвшаяся результатомъ столкновеній между двумя міровоззрѣніями—стараго, феодально-цивилистическаго, и новаго, публично-правового,—была, въ сущности, излишня для Англіи [3]). Поэтому включеніе этого понятія въ число категорій британскаго права объясняется, главнымъ образомъ, вліяніемъ германской литературы и германской юридической мысли. По существу, вещныя правомочія короны имѣютъ лишь *сходство* съ тѣмъ, что когда-то называлось dom. eminens: первыя—историческая категорія, второе—попытка юридически проконструировать новыя жизненныя явленія.

Бросимъ взглядъ на Американское право.

---

[1]) См. у Wertheim, op. cit., упомянутыя слова.

[2]) Объ англійской феодальной системѣ см. Fr. Pollock, Das Recht des Grundbesitzes in England, übers. von Schuster, 1889, S. 70 ff.

[3]) Ср. L. Stein, loc. cit.

Заселившіе Сѣверо-Американскій континентъ эмигранты привезли съ собой изъ своей родины цѣлый комплексъ готовыхъ и давно уже сложившихся понятій. Естественно поэтому, что во многихъ отношеніяхъ право новооснованной федераціи оказалось сколкомъ съ британскаго. Такъ, между прочимъ, перенесено было и понятіе о верховной собственности государства на территорію и на всѣ находящіяся въ предѣлахъ ея вещи [1]). Но, практически, ученіе это—по крайней мѣрѣ въ настоящее время — сводится къ институту экспропріаціи: domain eminent опредѣляется американскими юристами какъ „power to take private property for public use" [2]). При этомъ эта власть можетъ быть передаваема частнымъ corporations, преслѣдующимъ какія - либо общеполезныя цѣли, какъ - то: сооруженіе мостовъ, желѣзныхъ дорогъ, прорытіе каналовъ и т. п. Въ силу делегированнаго государствомъ domain eminent, эти корпораціи могутъ отчуждать имущество гражданъ и нарушать принципъ неприкосновенности частной собственности, что, въ свою очередь, вызываетъ цѣлый рядъ весьма сложныхъ и интересныхъ, съ юридической точки зрѣнія, отношеній [3]). Но на нихъ здѣсь, конечно, не мѣсто останавливаться.

§ 30. Ad б). Само собою разумѣется, что болѣе ранняя литература международнаго права, оперируя съ тѣми категоріями, которыя она находила готовыми въ правѣ государственномъ, отводила болѣе или менѣе широкое мѣсто ученію о dominium eminens [4]). Это было въ порядкѣ вещей. Но и послѣ того, какъ изъ публичнаго права это понятіе

---

[1]) См. Rüttimann, Das nordamerikanische Bundesstaatsrecht, 1867, I, S. 54.

[2]) См., напр., Pomeroy, An introduction to the constitutional law of the United States, 1868, §§ 251—253.

[3]) См. Stimpson, American Statute law, I, 1886, §§ 90—92; II, 1892, § 8220 и др.

[4]) См., напр., Vattel, Le droit des gens, éd. Pradier-Fodéré, I, § 244 Klüber, Le droit des gens, éd. Ott, § 124.

было изгнано, въ доктринѣ международнаго оно, по странной и непонятной случайности, продолжало и продолжаетъ по сіе время царить. Справедливость требуетъ признать, что здѣсь оно, строго говоря, особенно вредной роли не играетъ, такъ какъ изъ него не выводится рѣшительно никакихъ практическихъ послѣдствій. Обыкновенно, мѣсто, гдѣ излагается эта теорія въ учебникахъ — начало главы, посвященной территоріи; здѣсь, по общему правилу указывается на значеніе территоріи для государства, при чемъ заявляется, что это послѣднее обладаетъ dominium eminens надъ имуществомъ частныхъ лицъ. Къ вопросу затѣмъ болѣе не возвращаются и при всѣхъ дальнѣйшихъ конструкціяхъ вполнѣ свободно обходятся безъ этой юридической категоріи. Достойно вниманія при этомъ, что господствующій въ литературѣ взглядъ на территорію какъ на объектъ властвованія со стороны государства (см. ниже) нисколько не обусловленъ этимъ пережиткомъ старины. Напротивъ того, для понятія „международной собственности“ виндицируется самостоятельное значеніе, при чемъ отвергается всякая связь между нимъ и dominium eminens [1]). Это послѣднее такимъ образомъ не соприкасается вовсе съ конкретными институтами международнаго права: оно стоитъ въ доктринѣ совершенно одиноко, не отвѣчая рѣшительно никакимъ конструктивнымъ потребностямъ.

Послѣ тѣхъ замѣчаній, которыя намъ пришлось сдѣлать въ предыдущемъ параграфѣ относительно англо-американскаго права, не покажется удивительнымъ, что ученіемъ о dominium eminens занимаются всего болѣе англійскіе и американскіе теоретики международнаго права. И дѣйствительно, начиная съ Wheaton [2]) и кончая авторами новѣйшихъ учебниковъ, почти всѣ англо-американскіе писатели считаютъ своимъ долгомъ болѣе или менѣе пространно останавли-

---

[1]) См., напр., Ortolan, Des moyens d'acquérir le domaine international въ Revue de législation et de jurisprudence, 1849, t. II, p. 296.

[2]) Eléments du droit international, 4 éd. 1864, I, p. 158.

ваться на этомъ понятіи [1]). Но и въ романской литературѣ нѣтъ недостатка въ приверженцахъ этого устарѣлаго и рѣшительно ни для чего не нужнаго ученія. Среди новѣйшихъ авторовъ, трактующихъ о „верховномъ" правѣ государства на территорію, можно указать на Calvo [2]), Pradier-Fodéré [3]), Fiore [4]), Imbart Latour [5]) и мног. др.

Изъ русскихъ писателей къ нимъ слѣдуетъ присоединить Ф. Ф. Мартенса, выводящаго изъ dom. eminens: 1) право государства облагать налогами частную собственность; 2) право отчуждать ее въ видахъ общественной пользы и 3) въ крайней необходимости, напр., во время военныхъ дѣйствій, право совершенно ее уничтожать, даже безъ вознагражденія собственника [6]), а также В. П. Даневскаго, для котораго dom. eminens есть „совокупность правъ государства надъ имуществомъ его подданныхъ и иностранцевъ" [7]).

Что же касается современной германской литературы и новѣйшей французской, то онѣ вполнѣ справедливо обходятся вовсе безъ теоріи верховной собственности, при чемъ иногда даже подчеркивается мысль, что этому понятію, какъ отголоску давно отжившей свой вѣкъ системы отношеній, нѣтъ болѣе мѣста въ современномъ правѣ [8]).

---

[1]) См., напр., Halleck, International law, 1861, ch. VI, § 5; Woolsey, Introduction to the study of intern. law, 3 ed. 1874, § 52; Dudley-Field, Projet d'un code international, trad. par A. Rolin, 1881, p. 22; исключеніе составляютъ едва ли не одни Travers-Twiss, Le droit des gens, I, 1887, и Walker, A manual of public intern. law, 1895.

[2]) Le droit intern. théorique et pratique, 4 éd. 1887, I, p. 385.

[3]) Traité de droit intern. public, II, 1886, p. 140 et suiv.

[4]) Le droit intern. public, trad. par Antoine, I, p. 353.

[5]) La mer territoriale. 1889, p. 9.

[6]) Современное международное право, I. § 88. Проф. Мартенсъ, какъ видно, до крайности расширяетъ содержаніе dom. eminens. Такъ далеко не идетъ даже американская юриспруденція, твердо стоящая на той точкѣ зрѣнія, что право облагать налогами ничего не имѣетъ общаго съ верховной собственностью государства (см. Pomeroy, loc. cit.), на что уже указывалось литературой XVIII ст., см., напр., Pufendorf, Le droit de la nature etc., II, liv. VIII, ch. V, § 4.

[7]) Пособіе къ изученію исторіи и системы международнаго права, 1892, I, стр. 208.

[8]) См., напр., Chrétien, Principes de droit intern. public, 1893, I, p. 96.

ГЛАВА ПЯТАЯ.

ПОЛИТИЧЕСКІЯ ВОЗЗРѢНІЯ XVII и XVIII ВВ.

---

§ 31. Вестфальскій трактатъ 1648 г. сыгралъ по отношенію къ германскимъ государствамъ роль великой хартіи льготъ. На основаніи этого акта германскія территоріи получили суверенитетъ и сдѣлались независимыми отъ Имперіи. На развалинахъ феодальнаго строя появились самостоятельные политическіе организмы, подготовившіе почву для возникновенія новаго, современнаго государства.

Однако, измѣнившіяся политическія отношенія далеко не сразу повлекли за собою перемѣну въ юридической структурѣ государства. Оковы, наложенныя многовѣковымъ леннымъ строемъ, на долгое время оказались слишкомъ крѣпкими, чтобы ихъ можно было разбить, и слишкомъ тяжелыми, чтобы ихъ можно было сбросить. Тучи прежняго могли быть разсѣяны только грозовымъ вѣтромъ, и нуженъ былъ такой всемірный катаклизмъ, какъ французская революція, чтобы окончательно порвать связь съ прошлымъ и очистить политическій горизонтъ.

Власть сеньёра, сюзерена, преобразовалась къ тому періоду европейской исторіи, который принято называть новымъ, о власть Landesherr'а. Этотъ послѣдній былъ отчасти поземельнымъ собственникомъ—по отношенію къ доменамъ— и отчасти властителемъ—надъ прочими землями, входившими

въ составъ его территоріи. Но сама его власть, какъ мы постарались показать въ предыдущей главѣ, до самаго конца мыслилась какъ аггрегатъ отдѣльныхъ полномочій, а не какъ единое цѣлое, имѣющее лишь разнообразныя функціи.

Этотъ характеръ, присущій Landeshoheit, налагалъ свой отпечатокъ на весь юридическій строй того времени. Весь этотъ строй, вплоть до XIX столѣтія, проникнутъ началами частнаго права и зиждится на остаткахъ прежняго феодальнаго міровоззрѣнія [1].

„Territoria Germaniae, говоритъ Biener,—авторъ довольно извѣстной диссертаціи, появившейся въ 1780 г. [2],—cum superioritate territoriali iisdem adhaerente aut jure allodii aut jure feudi possidentur. Utraque possessio proprietatem territorii juriumque annexorum continet, a qua quidem superioritas distingui debet, quae ipsa tamen cum territorio, in quo tanquam in fundo residet, patrimonium constituit principum familiarumque illustrium in Germania“ [3]).

Такимъ образомъ, даже въ самомъ концѣ XVIII в., патримоніальное начало является преобладающимъ:—государство конструируется какъ вотчина princeps'а, которою онъ распоряжается по усмотрѣнію, лишь въ слабой степени связанный мнѣніемъ и волей представителей отдѣльныхъ сословій и корпорацій. Основаніемъ и источникомъ правительственной власти служитъ Landeigenthum, право собственности на землю, на территорію [4].

Таково было дѣйствительное положеніе вещей. Съ нимъ, однако, начиная съ XVI в., перестаетъ мириться научная мысль. Подъ вліяніемъ того широкаго умственнаго движенія,

---

1) Подробности см. у Preuss, Gemeinde, Staat, Reich, etc. S. 291 ff.

2) De natura et indole dominii in territoriis Germaniae eiusdemque effectibus.

3) Loc. cit., 40.

4) K. S. Zachariae, Geist der deutschen Territorial-Verfassung, 1800, см. Preuss, op. cit., 327; ср. Zöpfl, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, II, 2, 1847, S. 775.

которое охватило всю западную Европу въ эпоху возрожденія и реформаціи, политическая доктрина начинаетъ все болѣе и болѣе критически относиться къ современной ей дѣйствительности. На ряду съ положительнымъ, ею вырабатывается „идеальное“ государственное право, изображающее желательный политическій строй и вмѣстѣ съ тѣмъ доискивающееся до философскихъ основъ общественной и государственной жизни [1]).

Идеальное государство явилось воплощеніемъ политическихъ грезъ и мечтаній лучшихъ людей того времени; съ тѣмъ вмѣстѣ оно подготовило тотъ переворотъ, который завершился французской революціей и паденіемъ стараго режима.

Намъ предстоитъ теперь ознакомиться съ той постановкой ученія о территоріальномъ верховенствѣ, которая дана указаннымъ направленіемъ въ политической литературѣ.

Додумалась ли эта послѣдняя до чисто публицистической конструкціи, опередивъ свой вѣкъ и оторвавшись отъ окружавшей ее дѣйствительности? Пошла ли она дальше частноправовой концепціи, сумѣвъ подняться до воззрѣнія на территорію какъ на самодовлѣющее, единое понятіе?

Чтобы отвѣтить на эти вопросы, намъ необходимо остановиться на ученіи тѣхъ изъ корифеевъ политической науки, которые оказали наибольшее вліяніе на развитіе политической мысли въ разсматриваемую эпоху.

§ 32. Средневѣковой концепціи государства впервые нанесено было тяжкое пораненіе революціоннымъ ученіемъ такъ называемыхъ „монархомаховъ“. Родиной его оказалась Франція, гдѣ со времени Людовика XI королевская власть успѣшно расширялась насчетъ владѣній крупныхъ вассаловъ и неудержимо стремилась къ абсолютизму. Главными его протагонистами явились François Hotman (Francogal-

---

[1]) См. Rehm, Geschichte, S. 46.

lia, 1573), Junius Brutus (псевд. Hubert Languet, Vindiciae contra tyrannos, 1579), Marius Salamonius (De principatu libri VI, 1578), Lambertus Danaeus (Politices Christianae libri VII, 1596), Boucher (De justa Henrici III abdicatione e Francorum regno libri IV, 1596) и нѣкоторые другіе [1]).

Содержаніе ученія монархомаховъ слишкомъ извѣстно, чтобы излагать его здѣсь. Основная мысль его заключается въ томъ, что субъектомъ верховной власти является не король, а народъ. Populus, говоритъ H. Languet, est rege potior et superior [2]), ибо populus regem faciebat, non rex populum [3]). При этомъ „populi majestas" мыслится монархомахами какъ высшая власть, не могущая быть ни утраченной, ни перенесенной народомъ на кого бы то ни было.

Король, такимъ образомъ, является лишь органомъ, слугою государства; его подданные—его братья, но не рабы [4]). Ихъ имущество, поэтому, неприкосновенно; королю не только не принадлежитъ никакого права собственности надъ нимъ [5]), но, напротивъ того, онъ обязанъ защищать его отъ всякого посягательства, ибо это входитъ въ составъ его обязанности заботиться объ общемъ благѣ народа. Точно также король не можетъ себя считать хозяиномъ территоріи и государственнаго достоянія [6]). По отношенію къ нимъ онъ только „управляющій", administrator, — истиннымъ же собственникомъ территоріи, равно какъ и доменовъ, является весь народъ

---

[1]) См. Gierke, Johannes Althusius, S. 146, ff. и passim; Treumann, Die Monarchomachen, 1895; Landmann, Der Souveränetätsbegriff bei den französischen Theoretikern, 1896, S. 16 ff.; Rehm, Geschichte der Staatsrechtswissenschaft, 1896, § 47.

[2]) Landmann, loc. cit., 16.

[3]) Ibid., 14.

[4]) Junius Brutus: subditi sunt regis fratres, non servi. Cp. Landmann, loc. cit., 25.

[5]) Rossaeus, De justa respublicae christianae auctoritate, 1590; Landmann, loc. cit., 26.

[6]) Treumann, op. cit., 59.

родъ, universitas populi [1]). Одинъ только народъ можетъ распоряжаться территоріею и ее отчуждать; все же, что пріобрѣтается королемъ, eo ipso становится достояніемъ народа [2]).

Теорія монархомаховъ, такимъ образомъ, является сколкомъ съ патримоніальнаго воззрѣнія на территорію, при чемъ въ качествѣ держателя права собственности фигурируетъ не правитель, а народъ, понимаемый въ качествѣ личности, стоящей надъ входящими въ его составъ гражданами. Это, если можно такъ выразиться, патримоніальная точка зрѣнія наизнанку: территорія мыслится какъ объектъ обладанія, отождествляется всецѣло съ вещью, и вся разница заключается въ томъ, что субъектомъ права на нее является не физическое лицо, а universitas. Съ конструктивной стороны, разобранное воззрѣніе поэтому въ дѣлѣ выясненія истинной юридической природы территоріальнаго верховенства не составило шага впередъ.

§ 33. Политическая теорія монархомаховъ положила начало догмату народнаго суверенитета и тѣмъ самымъ нанесла чувствительный ударъ средневѣковой феодальной концепціи государства. Другая, не менѣе важная, брешь была пробита въ концѣ XVI в. французомъ Bodin, впервые ясно и опредѣленно формулировавшимъ принципъ единства государства.

Государство, какъ извѣстно, опредѣляется Боденомъ въ качествѣ „droit gouvernement de plusieurs mesnages et de ce qui leur est commun, avec puissance souveraine“ [3]). Эта

---

1) Gierke, op. cit., 147; Landmann, op. cit., 26.

2) Характерно слѣдующее мѣсто изъ Fr. Hotman, Francogallia, quaestio III, 197: sequitur sane . . . verum regem ut publicorum negotiorum curatorem, ita et publicarum opum administratorem, non autem proprietarium dominum esse, qui quidem dominium regium non magis, quam regnum ipsum, alienare, aut dissipare possit.

3) Les six livres de la République, Liv. I, ch. 1; мы цитируемъ по женевскому изданію 1529 г.

puissance souveraine является тѣмъ звеномъ, которое соединяетъ воедино всѣ проявленія государственной жизни [1]).

Безъ высшей власти нѣтъ и государства, ибо „ce n'est pas la ville ni les personnes qui font la cité, mais l'union d'un peuple sous une seigneurerie souveraine, encores qu'il n'y ait que trois mesnages". Такова отправная точка зрѣнія Бодена:—суверенная власть есть самодовлѣющее понятіе, обнимающее собою независимость во внѣ и полноту верховенства внутри государства. Суверененъ тотъ, надъ которымъ нѣтъ никого, кромѣ безсмертнаго Бога. Обладатель puissance souveraine свободенъ отъ всякихъ ограниченій при упражненіи своей власти, онъ выше закона и ему, поэтому, не подчиненъ; онъ никому не долженъ давать отчета въ своихъ дѣйствіяхъ, ибо надъ нимъ стоитъ одинъ только Богъ. Суверенная власть, наконецъ, должна быть вѣчной, такъ какъ срочная власть предполагаетъ, что носитель ея зависитъ отъ другого, который въ данный моментъ можетъ лишить его тѣхъ или иныхъ правомочій [2]).

Неограниченность суверенитета, однако, въ глазахъ Бодена не совпадаетъ съ ничѣмъ несдерживаемымъ произволомъ. Формула „princeps legibus solutus est" не означаетъ еще, чтобы воля суверена не знала никакихъ границъ. Напротивъ того, суверенъ, будучи свободнымъ отъ закона, тѣмъ не менѣе подчиненъ божественному и естественному праву. Подобно тому какъ договоры и завѣщанія частныхъ лицъ не могутъ противорѣчить распоряженіямъ должностныхъ лицъ, ни указы этихъ послѣднихъ обычаямъ, ни обычаи законамъ, изданнымъ суверенннымъ княземъ: точно также за-

---

[1]) Loc. cit., 12: la République sans puissance souveraine qui unit tous ses membres et parties d'icelle, et tous les mesnages et collèges en *un corps*, n'est plus République.

[2]) Ср. Rehm, Geschichte, § 48, въ особенности стр. 223; Landmann, op. cit., 47 et passim; Dock, Der Souveränetätsbegriff von Bodin bis zu Friedrich dem Grossem, 1897, passim.

коны не могутъ измѣнять велѣній Бога и естественнаго права [1]).

Важнѣйшимъ послѣдствіемъ изъ этого начала является неприкосновенность для суверена имущества частныхъ лицъ. Въ этомъ именно Боденъ усматриваетъ разницу между закономѣрнымъ государствомъ и тираніею. У суверена имѣются только извѣстныя права верховенства надъ частной собственностью; точно также не онъ является собственникомъ государственныхъ имуществъ, государственнаго достоянія. Послѣдняго суверенъ не можетъ ни присвоить себѣ, ни отчудить, ибо оно составляетъ тотъ фундаментъ, на которомъ зиждится все государственное зданіе [2]). Истиннымъ хозяиномъ его является „la République“, т. е. вся совокупность гражданъ, составляющихъ государство.

Такимъ образомъ между ученіемъ Бодена и средневѣковымъ взглядомъ на государство и на власть лежитъ огромная пропасть. Для великаго французскаго теоретика власть, puissance souveraine, уже не представляется аггрегатомъ полномочій, а единымъ самодовлѣющимъ понятіемъ. Въ этомъ отношеніи воззрѣнія Бодена составляли крупный шагъ впередъ. Но тѣмъ не менѣе и его теорія государства не свободна отъ патримоніальныхъ элементовъ, отражая тѣмъ духъ времени и ту общую политическую атмосферу, при которой писались „Les six livres de la République“. На самомъ дѣлѣ, majestas Бодена не есть сама государственная власть, а власть стоящая внѣ государства и лишь сопутствующая государственную власть. Такимъ образомъ majestas [3]), суверенитетъ, не свойство „республики“ — а при-

[1]) De la République, p. 150: et tout ainsi que les contracts et testaments des particuliers ne peuvent déroger aux ordonnances des magistrats, ni les édits des magistrats aux coutumes, ni les coutumes aux lois générales d'un prince souverain: aussi les lois des princes souverains ne peuvent altérer et changer les lois de Dieu et de nature.

[2]) Cp. Landmann, loc. cit., 57.

[3]) Rehm, loc. cit., 224.

надлежность носителя публичныхъ полномочій. Съ этой точки зрѣнія одинъ изъ новѣйшихъ изслѣдователей ученія Бодена вполнѣ правъ, утверждая, что у него суверенитетъ мыслится какъ собственность главы государства, какъ лично ему принадлежащее, собственное право (eigenes Recht) [1]). Другими словами, у Бодена личность государства совпадаетъ съ личностью суверена; этимъ именно и объясняется, то, что воззрѣнія его послужили основаніемъ для построенія такой патримоніальной теоріи государства, которая по своей рѣзкости превзошла все то, чему свидѣтелемъ были средніе вѣка. Мы имѣемъ въ виду политическую концепцію, проводимую въ сочиненіяхъ тѣхъ офиціальныхъ ученыхъ и философовъ, которые сидѣли у подножія трона Людовика XIV.

§ 34. Для самого короля-солнца все государство сливается съ личностью правителя. Собственныхъ правъ у подданныхъ быть не можетъ: монархъ обладатель всего, что находится въ предѣлахъ подвластной ему территоріи; ему одинаково принадлежатъ и люди, и вещи. Съ этой точки зрѣнія не можетъ быть даже и частной собственности, ибо всѣ права на всѣ вещи сосредоточиваются въ рукахъ короля. Таковъ былъ основной догматъ политической доктрины самого Людовика XIV [2]).

Юридическая формулировка его, однако, не была лишена трудностей. Несмотря на все свое желаніе угодить всевластному монарху, ученые правовѣды лишь въ рѣдкихъ случаяхъ рѣшались утверждать, что король дѣйствительно собственникъ, stricto sensu, всего государства. Но бывали и такіе случаи. Такъ, напр., Saint-Simon разсказываетъ о томъ, что

---

[1]) Hancke, Bodin. Eine Studie über den Begriff der Souveränetät, 1894, § 4.

[2]) Его воззрѣнія съ полной откровенностью проведены въ извѣстныхъ инструкціяхъ Дофину, см. выписанное нами на стр. 7 мѣсто изъ этихъ инструкцій. Ср. Dock, Revolution und Restauration über die Souveränetät, 1900, S. I ff.; Heimburger, Erwerb der Gebietshoheit, 1888, I, S. 15 ff.

однажды Людовикъ обратился къ Сорбоннѣ съ запросомъ относительно законности одного налога; ученая коллегія не обинуясь отвѣтила, что королю принадлежитъ все имущество его подданныхъ [1]). Точно также политическое завѣщаніе Louvois проводитъ взглядъ на монарха какъ на истиннаго обладателя всѣхъ вещей въ государствѣ [2]). Но подобныя воззрѣнія составляли исключеніе. По общему правилу, легисты виндицировали для короля не proprietas, a dominium directum на территорію, и этотъ принципъ мы находимъ занесеннымъ даже въ нѣкоторыхъ законодательныхъ актахъ XVII в. [3]). Понятіе верховной собственности, удачно и во-время извлеченное изъ сокровищницы средневѣковой доктрины, сослужило большую службу юристамъ; оно позволило имъ на квази-легальной почвѣ проконструировать всѣ домогательства властелина и изъ этого „domaine direct universel“ выводить право облагать населеніе какими угодно налогами, конфисковать имущество частныхъ лицъ и т. п. Правда, и въ то время, даже въ самихъ придворныхъ сферахъ, раздавались голоса, требовавшіе неприкосновенности частной собственности. Такъ, напр., Bossuet училъ, что различіе между gouvernement légitime и gouvernement arbitraire какъ разъ состоитъ въ томъ, что въ первомъ la propriété des biens est inviolable, a во второмъ—on ne possède rien en propriété, tout le fond appartient au prince [4])—но эти протесты противъ крайностей доктрины абсолютизма проходили, большей частью, безслѣдно. Король считалъ себя верховнымъ собственникомъ — и офиціальная наука изо всѣхъ силъ старалась поддержать это воззрѣніе.

Политическая концепція короля - солнца, однако, на

---

[1]) Troplong, De la propriété d'après le code civil, 1848, p. 102 et suiv.
[2]) Ibid.
[3]) Напр., въ извѣстномъ code Marillac 1629 г.
[4]) Politique tirée de l'Écriture. liv. VII, art. 2, p. 187 (œuvres choisies de Bossuet, Par. 1863, t. II).

родинѣ его никогда не была облечена въ строго-опредѣленную научную систему. Сдѣлать это суждено было англичанину Hobbes'y, попытавшемуся дать абсолютизму философское обоснованіе.

Для Гоббза переходъ изъ естественнаго состоянія къ государственному общенію имѣетъ своимъ послѣдствіемъ отказъ со стороны отдѣльныхъ людей отъ всѣхъ своихъ правъ въ пользу властителя—безразлично, будетъ ли этотъ послѣдній физическимъ лицомъ или собраніемъ. Тотъ, которому люди, основывающіе государство, подчиняются, получаетъ право на все, въ томъ числѣ и на имущества частныхъ лицъ, которыя могутъ противупоставлять свое право собственности другимъ лицамъ, но не властителю. „Civitas autem,—говоритъ Гоббзъ—civium omnium dominus est et qui dominum habent, dominium non habent [1]).

Съ этой точки зрѣнія властитель истинный и существенный собственникъ всѣхъ вещей. Ему же, какъ таковому, принадлежитъ, само собою разумѣется, и dominium надъ территоріей.

§ 35. Разсмотрѣнныя нами до сихъ поръ воззрѣнія всѣ, въ бо̀льшей или меньшей степени, носятъ патримоніальный характеръ. И это насъ не должно удивить, если мы вспомнимъ, что феодальное государство зиждилось всецѣло на почвѣ поземельныхъ отношеній и что именно территоріальное начало являлось отправнымъ моментомъ всей средневѣковой жизни. Переживаніе старины, сошедшихъ уже со сцены публично-правовыхъ категорій, представляется всего болѣе понятнымъ какъ разъ въ области конструкціи территоріальнаго верховенства.

Однако, въ политической литературѣ разсматриваемой эпохи мы должны отмѣтить и другое направленіе, прямо противуположное только что нами изложенному. Новыя

---

[1]) Elementa philosophica de Cive, cap. XII, § 7.

теоретическія вѣянія въ области общей теоріи государства, о которыхъ мы говорили въ началѣ этой главы, сдѣлали свое дѣло и по отношенію къ разсматриваемому вопросу.

Уже у Гуго Гроція мы встрѣчаемся съ серьезной попыткой провести грань между dominium и imperium и построить зданіе государства на этомъ послѣднемъ понятіи. Свои воззрѣнія Гроцій излагаетъ въ связи съ ученіемъ объ оккупаціи. По отношенію къ вещамъ, которыя никому не принадлежатъ, говоритъ онъ, оккупаціи подлежатъ двѣ вещи: imperium (суверенитетъ) и dominium (собственность), поскольку это послѣднее отличается отъ imperium. Imperium, въ свою очередь, имѣетъ два объекта: одинъ, главный—это люди; другой, второстепенный, — это то, что называется территоріей. Хотя по бо́льшей части какъ собственность, такъ и власть пріобрѣтаются однимъ актомъ, однако, по существу, это два различныхъ понятія; поэтому бываетъ такъ, что собственность пріобрѣтается не только подданными, но и иностранцами, при чемъ суверенитетъ остается въ тѣхъ же рукахъ, что и раньше [1]).

Однако,—говоритъ Гроцій въ другомъ мѣстѣ,—есть и такія государства, въ которыхъ территорія подчинена dominium: это такъ называемыя патримоніальныя государства, составляющія, подобно вещамъ, потомственную собственность правителя. Но это исключеніе: во всѣхъ государствахъ, находящихся лишь въ пользованіи суверена, территорія подчинена исключительно imperium'у [2]).

Между изложеннымъ воззрѣніемъ великаго родоначальника школы естественнаго права и взглядами его современниковъ и даже значительно позднѣйшихъ писателей разница, какъ видно, весьма ощутительная. Гроцій вполнѣ

[1]) De jure Belli ac Pacis, lib. II, cap. III, § IV, 1,2: quamquam plerumque uno actu quaeri solent imperium et dominium, sunt tamen distincta; ideoque dominium non in cives tantum, sed etiam in extraneos transit, manente penes quem fuit imperio.

[2]) Ibid. lib. I, cap. III, § XI.

ясно и опредѣленно ставитъ вопросъ о территоріи; территоріальная власть мыслится имъ какъ imperium, принципіально отличаясь отъ права на вещи—dominium. Это несомнѣнно составляло, для того времени, громадный шагъ впередъ. Однако, теорія Гроція не является выдержанной до конца: imperium и у него носитъ замѣтные цивилистическіе слѣды и, до извѣстной степени, отожествляется съ правомъ собственности. Такъ, прежде всего, вспомнимъ, что въ составъ этого понятія входитъ, по мнѣнію автора De jure Belli ac Pacis и „нѣжное" верховное право собственности надъ имуществомъ подданныхъ [1]), dominium eminens; засимъ, и для него imperium есть не только право повелѣвать людямъ, но и заключаетъ въ себѣ правомочія надъ вещами, какъ таковыми. Благодаря этому и всѣ тѣ ученія изъ области междугосударственнаго права, которыя такъ или иначе затрагиваютъ вопросъ о территоріи, являются у Гроція сколкомъ—mutatis mutandis—съ соотвѣтствующихъ отдѣловъ теоріи гражданскаго права: нормы по содержанію своему оказываются тождественными съ цивильно-правовыми, и территорія вполнѣ уподобляется вещи, которой собственникъ распоряжается по своему усмотрѣнію, продавая, обмѣнивая и отчуждая ее по правиламъ римскаго права [2]).

Смѣшеніе понятій, заключающееся въ ученіи Гуго Гроція, было подмѣчено уже нѣкоторыми изъ его современниковъ. Такъ, Самуилъ Кокцей, комментируя изложенныя мѣста изъ De jure Belli ac Pacis, восклицаетъ: „dominium toto coelo ab imperio differt", и imperium, съ своей стороны, опредѣляетъ какъ „potestas proprio jure competens ad tuenda jura civitatis" [3]), а въ германской литературѣ конца XVIII в.

---

[1]) См. выше, стр. 81, 82; ср. Bansi, op. cit., 31, 32.

[2]) Ср. ниже, гл. VII.

[3]) S. Cocceji, Dissertationes prooemiales, XII, § 237, цит. у Bansi, loc. cit.

мы встрѣчаемся съ любопытной попыткой перенести понятіе власти, очищенное отъ всякихъ цивилистическихъ примѣсей, въ область положительнаго публичнаго права.

Выше мы имѣли случай убѣдиться, что Landeshoheit нѣмецкихъ князей составляла до самаго конца аггрегатъ самыхъ разнообразныхъ правомочій, имѣвшихъ въ основѣ своей территоріальный элементъ и объединенныхъ понятіемъ dominium eminens. Съ точки зрѣнія „идеальнаго", т. е. теоретическаго государственнаго права, подобное положеніе вещей являлось чуть ли не монстрозной аномаліей. И вотъ, среди публицистовъ изучаемаго періода возникаетъ мысль существующія отношенія проконструировать при помощи новыхъ, публично-правовыхъ категорій. Это направленіе нашло себѣ полное выраженіе въ полемическихъ брошюрахъ Posse и Epplen [1] [2] и болѣе или менѣе звучный отголосокъ въ трудахъ Gönner'а [3], Runde [4] и нѣк. др.

Находясь подъ несомнѣннымъ вліяніемъ доктрины естественнаго права, названные писатели стремятся доказать, что государственная власть зиждится на явномъ или молчаливомъ договорѣ, который и лежитъ въ основѣ всякаго государственнаго устройства [5]. Landeshoheit, съ этой точки зрѣнія, покоится не на собственности, а на публично-правовомъ понятіи imperium, и является самостоятельною политико-юридической категоріей; Landeseigenthum — отжившее

---

[1]) A. F. H. Posse, Ueber das Einwilligungsrecht teutscher Unterthanen in Landesveräusserungen, 1786; ejusdem, Ueber das Staatseigenthum in den deutschen Reichslanden, 1794; I. Fr. X. v. Epplen, Ueber das Prinzip der deutschen Territorialverfassung, 1803.

[2]) Полемика велась, главнымъ образомъ, противъ K. S. Zachariae и писателей того же направленія, излагавшихъ государственное устройство германскихъ государствъ съ точки зрѣнія дѣйствовавшаго права (Biener и др., см. выше, стр. 94 и слѣд.). Объ этомъ спорѣ, кончившемся несомнѣннымъ пораженіемъ прогрессивной школы, см. Preuss, op. cit., cap. XI.

[3]) Teutsches Staatsrecht, 1804.

[4]) Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, 4 Auf. 1806, § 101 b.

[5]) Preuss, loc. cit., 329; Bansi, loc. cit., 32, 33.

свой вѣкъ явленіе, ибо суверенъ уже болѣе не поземельный владѣлецъ, а носитель власти, повелитель надъ людьми.

Цѣлью новаго направленія было, какъ видно, перенесеніе изъ области философскаго государственнаго права въ сферу положительнаго понятія государства и территоріальнаго верховенства [1]). Сама по себѣ эта попытка заслуживала полнаго вниманія. Но, съ чисто-конструктивной точки зрѣнія, она представлялась тщетной: территоріальныя права германскихъ государей по существу своему были лишь рефлексомъ собственности, въ нихъ осуществлялось не imperium, а смѣшанныя, на половину частныя, на половину публичныя правомочія. Этимъ и объясняется та полная побѣда, которую довелось классической школѣ торжествовать надъ новымъ, прогрессивно-идеалистическимъ направленіемъ.

De lege lata, воззрѣнія Эпплена, Поссе и др. несомнѣнно были не вѣрны; по de lege ferenda въ нихъ заключался зародышъ такого отношенія къ вопросу, которому предстояло, въ близкомъ будущемъ, властно заполонить умы.

§ 36. Прежде чѣмъ закончить нашъ очеркъ историческаго развитія понятія территоріальнаго верховенства, намъ необходимо, хотя бы и въ самыхъ краткихъ чертахъ, ознакомиться съ взглядами двухъ крупнѣйшихъ представителей научнаго мышленія XVIII столѣтія. Мы говоримъ о Руссо и Кантѣ, общія философскія воззрѣнія которыхъ оказали громадное вліяніе какъ на ходъ политическихъ событій, подготовивъ переходъ къ современному государству, такъ и на теоретическую постановку многихъ вопросовъ общаго публичнаго права.

Остановимся сперва на ученіи женевскаго философа [2]).

Для него, также какъ и для всѣхъ его современниковъ,

---

[1]) Preuss, loc. cit., 330.

[2]) Du Contrat Social, liv. I ch. IX, p. 41. Ссылки относятся къ изданію Dreyfus-Brisac, Par., 1896.

основаніемъ государства служитъ договоръ. Послѣдствіемъ его является полное отчужденіе каждымъ гражданиномъ всѣхъ своихъ правъ въ пользу всего общенія (communauté). Но изъ этого еще не слѣдуетъ, чтобы собственность, переходя въ другія руки, мѣняла свой характеръ [1]). Въ этомъ Руссо коренными образомъ расходится съ Гоббзомъ: общественный договоръ для него не ведетъ, какъ у англійскаго философа, къ порабощенію личности государствомъ, — напротивъ того, отдавая свое право всѣмъ, лицо тѣмъ самымъ обезпечиваетъ себя отъ возможности подчиненія кому бы то ни было въ отдѣльности. Правитель, съ его точки зрѣнія, не имѣетъ самостоятельныхъ правъ, онъ лишь мандатарій, simple officier, суверена, т. е. всего народа, который въ каждый данный моментъ можетъ измѣнить его полномочія, ихъ сократить и даже уничтожить [2]). Поэтому, говоритъ женевскій философъ, государство является, въ силу общественнаго договора, властелиномъ (maître) всѣхъ вещей, принадлежащихъ гражданамъ: но вмѣстѣ съ тѣмъ общеніе не лишаетъ этихъ послѣднихъ ихъ имущества, а наоборотъ обезпечиваетъ имъ законное владѣніе, превращаетъ узурпацію въ истинное право и пользованіе (jouissance) въ собственность [2]). Благодаря договору, владѣльцы разсматриваются какъ фактическіе держатели общественнаго достоянія (dépositaires du bien public), и права ихъ уважаются всѣми гражданами, ибо право каждаго на свою собственность находится въ связи съ правомъ, которое имѣется у общенія надъ всѣмъ [2]).

Такимъ образомъ права государственной власти являются отраженіемъ, рефлексомъ тѣхъ правъ, которыя принадлежатъ частнымъ лицамъ, участникамъ общенія и соціальнаго договора. Въ отношеніи территоріи, власть обладаетъ тѣми именно

---

[1]) Cp. Dock, Revolution, etc., S. 25 ff.

[2]) Loc. cit., 42, 44, 45.

правомочіями, которыя граждане на нее перенесли, а такъ какъ сами они имѣли по отношенію къ своему имуществу вещныя права, то и суверенитетъ слагается изъ двухъ элементовъ: личнаго—властвованія надъ людьми, и вещнаго—властвованія надъ территоріей [1]).

Съ техническо-юридической точки зрѣнія изложенная теорія оставляетъ, конечно, желать весьма многаго. Конструкція Руссо крайне запутана и во всякомъ случаѣ далеко не объясняетъ всѣхъ свойствъ территоріальнаго верховенства. Но въ одномъ отношеніи она являлась несомнѣннымъ прогрессомъ, а именно въ томъ, что территорія мыслится какъ нѣчто отличное отъ совокупности поземельныхъ участковъ ее составляющихъ, при чемъ государству приписывается такое право надъ ней, которое качественно отличается отъ цивильнаго dominium. Правда, это былъ скорѣе намекъ, чѣмъ законченная научная теорія; но и онъ, быть можетъ, не остался безъ вліянія на дальнѣйшую судьбу ученія о территоріи [2]).

Переходимъ къ ученію Канта.

Политическія воззрѣнія кёнигсбергскаго философа представляютъ изъ себя, какъ извѣстно, довольно пеструю смѣсь разнородныхъ элементовъ. Кантъ несомнѣнно находился подъ вліяніемъ современной ему политической доктрины, но съ другой стороны его собственное философское ученіе наложило совершенно своеобразный отпечатокъ на излагаемую

---

[1]) Du Contrat Social, p. 44: on conçoit comment les terres des particuliers reunies et contiguës deviennent le *territoire public* et comment le droit de souveraineté, s'étendant des sujets au terrain qu'ils occupent, *devient à la fois réel et personnel*; ce qui met les possesseurs dans une plus grande dépendance et fait de leurs forces mêmes les garants de leur fidélité.

[2]) По нашему глубокому убѣжденію, именно въ воззрѣніяхъ Руссо и Канта, см. ниже, заключаются корни господствующаго нынѣ въ литературѣ ученія о «публичномъ вещномъ» правѣ государства на территорію. См. главу VI.

имъ теорію государства [1]. Эта двойственность съ полной наглядностью выступаетъ въ ученіи о территоріи.

Кантъ прежде всего задается вопросомъ: слѣдуетъ ли разсматривать правителя какъ верховнаго собственника (Obereigenthümer) или же только какъ верховнаго повелителя (Oberbefehlshaber), проявляющаго свою волю посредствомъ законодательства [2]?

Вопросъ этотъ разрѣшается въ смыслѣ первой изъ указанныхъ альтернативъ. Такъ какъ почва, земля, составляетъ первичное условіе для владѣнія предметами внѣшняго міра, то и обладаніе ею со стороны суверена (dominus territorii) представляется необходимымъ предположеніемъ государственнаго общенія. Но Obereigenthümer не обладаетъ частнымъ правомъ ни на одинъ изъ участковъ, входящихъ въ составъ территоріи, иначе онъ самъ превратился бы въ частное лицо: частное право собственности можетъ принадлежать только народу [3]. Верховная собственность правителя, вытекая изъ идеи гражданскаго общенія, объединяетъ частную собственность подъ главенствомъ одного общаго публичнаго владѣльца (öffentlicher allgemeiner Besitzer) [4].

Таковы, въ самыхъ краткихъ чертахъ, воззрѣнія Канта по занимающему насъ вопросу. Территорія для него является объектомъ властвованія, но власть въ данномъ случаѣ мыслится не какъ частное, а какъ публичное правомочіе. Вскорѣ, какъ мы увидимъ, этому ученію суждено было получить дальнѣйшее развитіе и сдѣлаться господствующимъ въ научной литературѣ.

---

[1]) Ср. П. Новгородцевъ, Кантъ и Гегель въ ихъ ученіяхъ о правѣ и государствѣ, 1901, стр. 126 и слѣд.

[2]) Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, S. 212. Ссылки относятся ко 2-му кёнигсбергскому изд. 1798.

[3]) Не въ смыслѣ единства, коллективной личности, а какъ совокупности гражданъ: „nicht collectiv, sondern distributiv genommen".

[4]) Ibid., 213.

§ 37. Мы можемъ теперь подвести итоги сказанному.

Античному міру чужда была идея вещности, территоріальнаго властвованія. Величавое римское imperium имѣло своимъ предметомъ людей и только людей. Вещи подчинялись dominium, и между этими понятіями лежала глубокая идейная пропасть.

Средневѣковое государство, благодаря условіямъ своего возникновенія, оказалось построеннымъ на частно-правовомъ фундаментѣ. На первомъ планѣ здѣсь уже не власть, а собственность, и публичныя правомочія являются послѣдствіемъ, принадлежностью вещныхъ правъ. Сама идея территоріи, какъ элемента государства, исчезаетъ; ее замѣняетъ понятіе земельной собственности, надъ и въ предѣлахъ которой упражняются сюзереномъ *и* dominium *и* imperium. Матеріальный субстратъ государства уже не мыслится какъ единство: напротивъ того, онъ расчленяется на части и совпадаетъ съ суммой отдѣльныхъ земельныхъ участковъ, его составляющихъ. Единственнымъ объединяющимъ моментомъ при этомъ является понятіе верховной собственности государя — позднѣе государства — надъ всѣмъ имуществомъ частныхъ лицъ. Дальше этой идеи ни среднимъ вѣкамъ, ни новому времени впредь до паденія стараго режима, пойти не удалось[1]). И въ свою очередь dominium eminens было лишь модификаціей цивильнаго ученія о двойной собственности на вещи— dominium utile и directum.

Территорія, такимъ образомъ, вплоть до новѣйшаго времени, конструируется не въ качествѣ самостоятельной, а въ видѣ подчиненной правовой категоріи. Это вполнѣ соотвѣтствовало характеру прежняго государства. Патримоніальная точка зрѣнія неминуемо влекла за собой отожествленіе территоріи съ вещью и смѣшеніе или, вѣрнѣе, сліяніе воедино власти и цивильныхъ правомочій. Неда-

---

[1]) Ср. Jellinek, Allg. Staatslehre, S. 364.

лево отъ нея стоитъ, въ данномъ отношеніи, и школа естественнаго права, лишь подставившая, въ качествѣ субъекта территоріальнаго права, государство вмѣсто правителя. Территоріальное верховенство, superioritas territorialis, продолжаетъ, даже въ XVIII столѣтіи, наканунѣ великаго переворота въ государственномъ строѣ западной Европы, пониматься какъ совокупность тѣхъ или другихъ правомочій. Оно не отождествляется съ самой государственной властью какъ таковой, а представляется частію этой послѣдней, ея вещной функціей. Лишь у Канта и Руссо можно усмотрѣть стремленіе возвыситься надъ этой устарѣлой точкой зрѣнія и провести грань между территоріей, какъ субстратомъ государства, и совокупностью, суммой земельныхъ участковъ, какъ предметовъ, объектовъ обладанія со стороны частныхъ лицъ.

Французская революція, повлекшая за собою паденіе ancien régime, произнесла смертный приговоръ надъ средневѣковымъ патримоніальнымъ государствомъ. Изъ собственника, хозяина, правитель превращается въ органъ и представителя государства. Провозглашаются принципы неотчуждаемости и недѣлимости суверенитета, и съ тѣмъ вмѣстѣ всплываетъ и новая концепція территоріи, чуждая частноправового характера и построенная, по крайней мѣрѣ въ принципѣ, всецѣло на началѣ imperium—властвованія ex jure publico [1]).

---

[1]) Ср. слова Portalis, въ засѣданіи Законодательнаго Корпуса 26 нивоза XII года: l'empire qui est le partage du souverain ne renferme aucune idée de domaine proprement dit. Il consiste uniquement dans la puissance de gouverner. Il n'est que le droit de prescrire et d'ordonner ce qu'il faut pour le bien général et de diriger en conséquense les choses et les personnes. См. Heimburger, loc. cit., 19.

РАЗДѢЛЪ ВТОРОЙ

УЧЕНІЕ О ТЕРРИТОРІИ ВЪ СОВРЕМЕННОЙ ДОКТРИНѢ ГОСУДАРСТВЕННАГО И МЕЖДУНАРОДНАГО ПРАВА.

ГЛАВА ШЕСТАЯ.

УЧЕНІЕ О ТЕРРИТОРІИ ВЪ СОВРЕМЕННОЙ ЛИТЕРАТУРѢ ГОСУДАРСТВЕННАГО ПРАВА.

§ 38. Идеѣ современнаго государства удалось, какъ мы видѣли, восторжествовать надъ средневѣковой концепціей лишь послѣ тяжелой и продолжительной борьбы. Съ крайней медленностью и постепенностью совершилась эволюція именно въ области территоріальныхъ отношеній. Здѣсь, съ особымъ упорствомъ продолжаютъ держаться давно отжившія свой вѣкъ конструкціи, рѣшительно не отвѣчая больше вновь народившимся жизненнымъ потребностямъ. Насъ поэтому не должно удивлять, что въ литературѣ даже второй четверти минувшаго столѣтія понятіе территоріи не успѣло окончательно отрѣшиться отъ цивилистической окраски и носитъ явные слѣды прежняго пониманія государства и существа территоріальной власти. Смѣшеніе собственности и imperium и конструкція территоріальнаго верховенства какъ совокупность тѣхъ или иныхъ правъ составляютъ характерную черту публицистической доктрины начала XIX столѣтія. Для примѣра, остановимся на воззрѣніяхъ нѣкоторыхъ писателей этой эпохи.

Такъ, Klüber, въ своемъ Oeffentliches Recht des deutschen Bundes, появившемся въ 1817 году, стремится доказать, что государству принадлежитъ двоякій комплексъ правъ: die Ober

herrschaft (imperium sive potestas publica), которая распространяется на всѣхъ лицъ и на всѣ вещи, находящіяся въ предѣлахъ страны, и das Staatseigenthumsrecht (jus in patrimonium reipublicae), опредѣляемое имъ какъ „die Befugniss des Staates alle Auswärtigen (Staaten und Einzeln) von der Zueignung und den Gebrauch des Staatsgebietes und der darin sich befindenden Sachen auszuschliessen". Въ составъ же patrimonium reipublicae входитъ patr. reip. publicum, т. е. государственное достояніе, patrimonium privatorum—имущество частныхъ лицъ и, наконецъ, такъ называемыя adespota (никому не принадлежащія вещи). Что же касается юридической природы Staatseigenthumsrecht, то Клюберъ предупреждаетъ, что это *не* право собственности на землю или страну, а „ein Ausfluss der Staatshoheit", которое, однако, должно быть отличено отъ Oberherrschaft [1]). Но въ чемъ заключается это различіе, Клюберомъ не разъясняется.

Въ разсмотрѣнномъ воззрѣніи, однако, была одна сторона, которая заслуживала полнаго вниманія, а именно конструкція территоріальной власти не какъ аггрегатъ разнородныхъ правъ, а какъ единое цѣлое. Въ этомъ отношеніи теорія Клюбера стоитъ значительно выше многихъ послѣдующихъ ученій, разсѣкающихъ понятіе верховенства на составныя части и, въ сущности, возвращающихся къ старымъ, феодальнымъ конструкціямъ. На этой послѣдней точкѣ зрѣнія стоятъ, напр., изъ новѣйшихъ, еще Zöpfl [2]) и v. Ronne [3]). Такъ у перваго изъ нихъ Gebietshoheit слагается изъ пяти „правъ" (Rechte) [4]) и двухъ „послѣдствій" (Ausflüsse) [5]). Точно также

---

[1]) Op. cit, § 329.

[2]) Grundsätze des allgemeinen und deutschen Staatsrechts, 5 Auf., II, S. 530

[3]) Das Staatsrecht der Preussischen Monarchie, 4 Auf., I, S. 147.

[4]) А именно право: *а*) отражать всякое воздѣйствіе чужой государственной власти; *б*) нормировать пребываніе въ предѣлахъ территоріи; *в*) высылать иностранцевъ; *г*) защищать иностранцевъ и ихъ не выдавать; *д*) нормировать пріобрѣтеніе и упражненіе всякихъ правъ.

[5]) Statuta realia и такъ называемый Landsassiat.

и второму совершенно чужда идея единства и недѣлимости государственной власти.

Что же касается воззрѣнія на территорію какъ на объектъ права собственности, принадлежащаго государству, то съ нимъ мы встрѣчаемся и въ сравнительно позднюю пору—вплоть до 50-хъ годовъ прошлаго столѣтія. Такъ, напр., Meister категорически заявляетъ, что у государства имѣется „истинное право собственности" (ein wahres Eigenthum) надъ территоріей [1]); точно также и Charles Comte [2]) утверждаетъ, что каждая нація считаетъ своею собственностью ту территорію, въ предѣлахъ которой она находится. И то же самое, хотя въ менѣе категорическихъ выраженіяхъ, повторяется Stahl'емъ въ его Staatslehre [3]).

Вскорѣ, однако, ученію о территоріи пришлось подвергнуться коренной переработкѣ и получить новое, истинно-научное основаніе, соотвѣтствующее тому положенію, которое оно должно занимать въ системѣ публично-правовыхъ понятій.

§ 39. Въ 1865 г. появилось сочиненіе, смѣло порвавшее съ традиціонными точками зрѣнія и впервые попытавшееся дать понятію территоріальнаго верховенства самостоятельное содержаніе. Мы говоримъ объ извѣстныхъ „Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts" Fr. v. Gerber'a, составившихъ эпоху въ исторіи публичнаго права и давшихъ замѣчательный по своей глубинѣ анализъ территоріальныхъ отношеній [4]).

Для Гербера, государственная власть есть единое самодовлѣющее понятіе, не допускающее расчлененія на какія бы то ни было составныя части. Въ чемъ бы она ни проявлялась, въ какомъ бы направленіи она ни дѣйствовала—

---

1) Lehrbuch des Natur-Rechts, 1809, § 648.
2) Traité de la propriété, 1834, I, p. 80.
3) 3 Auf. 1856, S. 168 ff.
4) Наши цитаты относятся ко 2-му изданію, 1869 г.

государственная власть остается выраженіемъ единой государственной воли. Съ этой точки зрѣнія территорія является рамками, въ предѣлахъ которыхъ можетъ хотѣть и повелѣвать государство. Потому и содержаніе права на территорію исчерпывается этимъ правомъ самопроявленія государства [1]). На этомъ основаніи, продолжаетъ Герберъ, неправильно снабжать понятіе территоріальнаго верховенства („Gebietshoheit") особымъ матеріальнымъ содержаніемъ и пріурочивать его къ отдѣльнымъ государственнымъ мѣрамъ, имѣющимъ предметомъ своимъ землю, какъ-то: проложеніе улицъ, распоряженія, касающіяся публичныхъ водъ, регалій, или же къ такимъ мѣрамъ, которыя заключаются въ дѣленіи государства на административные округа или касаются положенія иностранцевъ въ странѣ. Все это — не специфическія послѣдствія территоріальнаго верховенства какъ таковаго, а дѣйствія государственной власти, для характеристики коихъ случайное соприкосновеніе съ территоріей не имѣетъ рѣшающаго значенія [2]).

Такимъ образомъ понятіе территоріальнаго верховенства совпадаетъ съ понятіемъ государственной власти; то обстоятельство, что власть упражняется въ опредѣленныхъ пространственныхъ предѣлахъ, снабжаетъ ее не особымъ содержаніемъ, а лишь извѣстнымъ свойствомъ.

[1]) Grundzüge, S. 62: der Inhalt des Rechts des Staats am Staatsgebiet ist nun allein der, dass der Staat auf ihm Staat sein darf, dass das Territorium die örtliche Ausdehnung der Wirkung seiner Staatsgewalt darstelle und dass es die Anerkennung desselben als örtlichen Machtgebiets in Anspruch nehmen kann.

[2]) Ibid. S. 63: es würde unrichtig sein den Begriff der Gebietshoheit mit einem eigenthümlichen matierellen Inhalte austatten und etwa durch einzelne Massregeln der Staatsgewalt bestimmen zu wollen, welche den Grund und Boden zum praktischen Objekte haben, wie die Anlegung von Strassen, die Verfügung über öffentliche Gewässer, die Aufstellung von Regalien, oder durch Massregeln, welche sich auf die Eintheilung des Staates in Kreise oder Provinzen oder auf die Behandlung Fremder in Staatsgebiete beziehen. Denn alles dieses sind nicht specifische Ausflüsse der Gebietshoheit, sondern Acte der Staatsgewalt überhaupt, für deren Characteristik die zufällige Berührung und Verhältnissen der Oertlichkeit nicht entscheidend ist.

Воззрѣнія **Гербера** нанесли смертельный ударъ всѣмъ тѣмъ теоріямъ, которыя, исходя изъ патримоніальныхъ первооснованій, конструировали территоріальное верховенство какъ власть надъ вещью или совокупностью вещей. И это въ двоякомъ направленіи. Съ одной стороны, **Герберомъ** совершенно ясно и опредѣленно было указано на внутреннее противорѣчіе, заключающееся въ воззрѣніи на территоріальную власть какъ на аггрегатъ правомочій. Государственная власть едина, и всѣ ея проявленія, кого бы они ни касались—отдѣльныхъ лицъ, ихъ имущества или всей территоріи, исходятъ изъ одного начала. Формально, воля государства всемогуща, и установленныя закономъ рамки стѣсняютъ ее лишь въ способѣ проявленія этой воли. Поэтому дѣленіе самой власти на личную и территоріальную—противно ея существу. Съ другой стороны, если территоріальная власть есть сама государственная власть, то должна отпасть конструкція территоріи, какъ чего-то стоящаго внѣ государства.

Логическое послѣдствіе развитой **Герберомъ** теоріи то, что территорія есть **составная часть понятія** государства. Подобно тому, какъ не можетъ быть государства безъ людей, немыслимо государство безъ пространственнаго элемента. Отъ этого воззрѣнія до признанія территоріи лишь **моментомъ** — въ противоположность объекту — въ понятіи государства былъ, казалось, только одинъ шагъ. **Герберомъ**, однако, онъ не былъ сдѣланъ.

На самомъ дѣлѣ, охарактеризовавъ существо Gebietshoheit тѣмъ, что она есть сама государственная власть, **Герберъ** неожиданно заявляетъ, что „die Zugehörigkeit des Territoriums zum Staate als berechtigtem Subjecte ist der Inhalt eines durchaus *staatsrechtlichen Sachenrechts*“ [1]).

Такимъ образомъ, у государства есть право на территорію, и послѣдняя является объектомъ публично-правовыхъ,

[1]) Loc. cit., 63.

но тѣмъ не менѣе вещныхъ правомочій. Въ чемъ заключается существо этой вещности, Герберомъ не поясняется; онъ ограничивается замѣчаніемъ, что das öffentliche Sachenrecht не имѣетъ ни малѣйшаго сродства (Verwandschaft) съ частноправовымъ вещнымъ правомъ,—и только.

Воззрѣнія Гербера оказали колоссальное вліяніе на дальнѣйшую разработку ученія о территоріи. Взгляды талантливаго родоначальника формально-конструктивнаго направленія сдѣлались вскорѣ communis opinio, и теорія публично-вещнаго права возведена была въ непреложный догматъ современнаго ученія о государствѣ.

Такъ, изъ наиболыше выдающихся представителей науки, его придерживаются: Brockhaus[1]), Grotefend[2]), Laband[3]), Zorn[4]), M. Seydel[5]), Gareis[6]), Bornhak[7]), Heilborn[8]), Heimburger[9]), Clauss[10]), Arndt[11]) и мн. др.[12]). Воззрѣнія всей этой группы писателей сходны между собой до полнаго тожества. Это обстоятельство избавляетъ насъ отъ труда подробно остановиться на каждомъ изъ нихъ въ отдѣльности. Мы ограничимся поэтому разсмотрѣніемъ теорій Лабанда, Геймбургера и Зейделя, какъ наиболѣе ярко и отчетливо выдвигающихъ основныя начала разсматриваемаго ученія.

§ 40. Установивъ въ качествѣ основного принципа, что „die Gebietshoheit ist die Staatsgewalt selbst“, Лабандъ

---

[1]) Sub. v. „Staatsgebiet“ въ Holtzendorf's Rechtslexikon, III, S. 719.

[2]) Das deutsche Staatsrecht der Gegenwart, 1869, I, § 319.

[3]) Das Staatsrecht des deutschen Reiches, 3 Auf., I, S. 164 ff.

[4]) Das Staatsrecht des deutschen Reiches, 1880, I, S. 69 ff.

[5]) Bayerisches Staatsrecht, 1884, I, S. 629 ff.

[6]) Allgemeines Staatsrecht, въ Marquardsen's Handbuch des öffentlichen Rechts, S. 138.

[7]) Allgemeine Staatslehre, 1898, S. 69 ff.

[8]) Das System des Völkerrechts, 1896, S. 5 ff.

[9]) Der Erwerb der Gebietshoheit, 1888, I, S. 26 ff.

[10]) Die Lehre von den Staatsdienstbarkeiten, 1894, S. 138 ff.

[11]) Das Staatsrecht des deutschen Reichs, 1901, S. 68 ff.

[12]) Напр. Schmidt, der Staat; Pözl, „Staatsgebiet“ въ Staatwörterbuch.

задаетъ себѣ слѣдующій вопросъ: разъ подъ территоріальнымъ верховенствомъ подразумѣвается упражненіе власти *въ* какой-либо территоріи, то можетъ ли оно быть понимаемо какъ право *на* территорію? Вопросъ этотъ Страссбургскій ученый разрѣшаетъ въ утвердительномъ смыслѣ. Государство,—говоритъ онъ,—имѣетъ право на территорію, и это право, по существу отличающееся отъ власти надъ подданными, должно характеризоваться какъ „ein staatsrechtliches Sachenrecht".

Осуществляя свою задачу, государство властвуетъ не только надъ подданными, но непосредственно подчиняетъ своей волѣ, своей власти, и самую землю. Въ томъ и другомъ случаѣ мы имѣемъ дѣло съ державными правами (Herrschaftsrechte); но тогда какъ власть надъ подданными находитъ себѣ аналогію въ отношеніяхъ между родителями и дѣтьми, право государства на территорію имѣетъ общій съ частною собственностью признакъ, именно полное и исключительное господство [1]).

По мнѣнію Геймбургера, вещное право государства проявляется въ двухъ направленіяхъ. Въ положительномъ смыслѣ, территоріальное верховенство означаетъ полное господство государства надъ территоріей и всѣмъ тѣмъ, что на ней находится, по правилу quidquid est in territorio est etiam de territorio. Въ отрицательномъ смыслѣ, оно представляетъ изъ себя право не допускать чужой власти къ проявленію себя въ предѣлахъ территоріи [2])

Абсолютный характеръ территоріальнаго верховенства особенно ярко подчеркивается Зейделемъ [3]). „Die Gebietshoheit, говоритъ этотъ ученый, hat dem Eigenthume die Natur einer absoluten Gewalt mit gemein". Но, продолжаетъ онъ, эта власть упражняется въ совершенно иной сферѣ, вслѣд-

---

[1]) Op. cit., S. 165, 166.
[2]) Op. cit., S. 28, 30.
[3]) Op. cit., S. 629.

ствіе чего оба вида правомочія могутъ имѣть одновременно одинъ и тотъ же объектъ. Поэтому совершенно неправильно конструировать превосходство, такъ сказать, территоріальнаго верховенства надъ частною собственностью какъ dominim eminens или верховное право собственности правителя; это превосходство хотя дѣйствительно и существуетъ и имѣетъ практическія послѣдствія, однако непосредственно вытекаетъ изъ соподчиненности обѣихъ правовыхъ сферъ— частной и публичной [1]).

Этихъ выдержекъ вполнѣ достаточно, чтобы составить себѣ ясное понятіе о существѣ теоріи публично-вещнаго права государства на свою территорію. Дѣйствуя въ извѣстныхъ пространственныхъ предѣлахъ, государство вмѣстѣ съ тѣмъ, является **собственникомъ** своего матеріальнаго субстрата. Но собственникомъ высшаго порядка. Надъ территоріей оно властвуетъ не какъ частное лицо, а именно какъ публично-правовое единство, стоящее надъ частноправовой сферой. Поэтому, если себѣ даже и представить такой политическій организмъ, въ которомъ вся земля составляла бы казенную собственность, то и въ немъ существовали бы, наподобіе двухъ параллельныхъ плоскостей, два вида собственности: одна, имѣющая своимъ объектомъ отдѣльные участки земли — или территорію, понимаемую какъ совокупность матеріальныхъ частей, и другая, поставленная надъ территоріей какъ единое цѣлое.

§ 41. Однако, скрывающееся въ изложенномъ ученіи внутреннее противорѣчіе не могло, съ теченіемъ времени, не обратить на себя вниманія публицистовъ. Властвовать **въ территоріи** *и надъ ней*—немыслимо. Эти два признака

---

[1]) Ср. слѣдующее характерное мѣсто изъ Hartmann, Institutionen des Völkerrechts, 1878, S. 155: Wie das Privateigentum die volkommen rechtliche Herrschaft über eine Sache ist, so ist die Gebietshoheit die vollkommene rechtliche Herrschaft über das Gebiet, nur modificiert sich der Begriff von Herrschaft bei der Verschiedenheit des beherrschten Objects wesentlich in dem einen und dem andern Falle.

взаимно другъ друга исключаютъ, такъ какъ относятся къ явленіямъ различнаго порядка. Однимъ изъ нихъ характеризуется абсолютное (вещное) право, другимъ—публичное правомочіе. Быть заразъ и частной и публичной—власть не можетъ. Необходимъ поэтому выборъ между обоими признаками [1]).

Первая сознательная попытка [2]) установить исключительно публицистическую конструкцію территоріальнаго верховенства принадлежитъ русскому ученому, — талантливому профессору кіевскаго университета Незабитовскому. Въ своей выдающейся по эрудиціи и глубинѣ юридическаго анализа диссертаціи „Ученіе публицистовъ о междугосударственномъ владѣніи" [3]), появившейся въ 1860 году, Незабитовскій категорически отвергаетъ воззрѣніе на территорію какъ на вещь. „Территорія,—говоритъ онъ [4]), не вещь, которою владѣетъ государство, но пространство, въ предѣлахъ котораго державная власть государства существуетъ и дѣйствуетъ. Эта государственная область, округъ, предѣлъ державной власти.

„*Государство властвуетъ въ предѣлахъ территоріи, но не надъ территоріей, и территорія не предметъ, а предѣлъ державной власти*".

---

[1]) Laband, op. cit., S. 165 совершенно справедливо замѣчаетъ, что «wenn unter Gebietshoheit die Ausübung der Staatsgewalt in einem Gebiete zu verstehen ist, so kann sie nicht als ein Recht an einem Gebiete gefasst werden». Это не мѣшаетъ, однако, Л. признавать за государствомъ право на свою территорію.

[2]) Строго говоря, предвѣстникомъ новаго направленія былъ Fr. Bülau, ср. слѣдующее мѣсто изъ его Encyclopädie der Staatswissenschaften, 2 Auf. 1856, S. 445: «das Völkerrecht beschäftigt sich zuvörderst mit der Lehre vom Gebiete, die man gewöhnlich die Lehre vom völkerrechtlichen Eigenthum nennt, wogegen ich einwende, dass das völkerrechtliche Eigenthum wesentlich durch die Thatsache des Behauptens im Besitze bedingt ist und ohne dieses wenig oder keinen Wert hat, sowie dass das Object des völkerrechtlichen Eigenthums keineswegs der gesammte Inhalt des Gebietes, sondern *das Gebieten* in ihm, das Herrscherrecht sammt Allem, was daraus fliesst, ist». Это замѣчаніе Bülau, однако, прошло, повидимому, совершенно безслѣдно.

[3]) Перепечатано въ его «Собраніи сочиненій», Кіевъ, 1884 г., стр. 105—146. Мы цитируемъ по этому послѣднему изданію.

[4]) Стр. 138.

Эти слова Кіевскаго ученаго знаменовали, казалось бы, полный поворотъ въ исторіи вопроса. Впервые рѣшительно откинуты были всякіе цивилистическіе покровы, и публично-правовому imperium дано было предстать во всей своей неприкосновенности и властно занять то мѣсто, которое ему до сихъ поръ приходилось раздѣлять съ dominium. Если бы даже воззрѣніямъ Незабитовскаго, по ихъ дальнѣйшемъ разсмотрѣніи, и суждено было оказаться неправильными, то тѣмъ не менѣе они заслуживали полнаго и глубокаго вниманія со стороны отечественныхъ ученыхъ. Между тѣмъ, замѣчательная, въ особенности для того времени, когда она была издана, диссертація русскаго профессора прошла совершенно незамѣченной. Въ позднѣйшей литературѣ на нее нѣтъ почти ссылокъ, а тѣ, которые упоминаютъ о ней, дѣлаютъ это какъ бы для очистки совѣсти, не передавая изложеннаго въ ней ученія и не давая себѣ труда опровергать это послѣднее.

Болѣе счастливый удѣлъ выпалъ на долю молодого доцента Тюбингенскаго университета Fricker'а, выпустившаго въ 1867 г. въ свѣтъ брошюру (Vom Staatsgebiete), которой суждено было оказать громадное вліяніе на дальнѣйшую судьбу вопроса о юридической природѣ территоріи [1]). Въ виду того, что взгляды германскаго профессора вызвали настоящій переворотъ въ наукѣ, мы позволимъ себѣ остановиться на нихъ нѣсколько подробнѣе.

Всякое право, говоритъ Фрикеръ, мыслится какъ отношеніе между двумя или нѣсколькими субъектами. Это, въ частности, относится и къ вещнымъ правамъ, такъ какъ вещь, сама по себѣ, не стоитъ въ правовомъ отношеніи къ управомоченному субъекту: отношеніе можетъ быть только между людьми по поводу или относительно данной вещи.

[1]) Въ 1901 г. вышло новое изслѣдованіе Фрикера подъ заглавіемъ „Gebiet und Gebietshoheit“. Въ видѣ приложенія отпечатана брошюра того же автора, появившаяся въ 1867 г. (стр. 100—112); въ этомъ приложеніи сохранена также старая пагинація, къ которой и относятся наши ссылки.

То же самое слѣдуетъ сказать и о территоріи: подобно тому, какъ вещь не находится въ правовомъ отношеніи къ собственнику, между территоріей и государствомъ такого отношенія существовать не можетъ [1]).

Но и при такой постановкѣ вопроса, само собою разумѣется, не исключается возможность аналогіи и даже полнѣйшаго тожества между отношеніями, возникающими среди людей изъ-за вещей, и тѣми, которыми существуютъ между государствами изъ-за территорій. Другими словами, собственность и территоріальное верховенство могутъ, несмотря на все, совпадать въ основныхъ своихъ признакахъ. На самомъ же дѣлѣ, между обоими этими понятіями существуетъ громадная разница, обусловливаемая принципіальнымъ различіемъ между функціями вещи и функціями территоріи [2]).

Выясненіе той и другой функціи составляетъ кульминаціонный пунктъ изслѣдованія Фрикера.

Вещи, говоритъ нашъ авторъ, служатъ для удовлетворенія потребностей человѣка; безъ нихъ люди существовать не могутъ. Но, чтобы исполнить свое назначеніе, онѣ должны быть всецѣло и безусловно подчинены человѣку, который властвуетъ надъ ними, распоряжается ими по усмотрѣнію, видоизмѣняя и даже уничтожая ихъ. Такимъ образомъ, органической связи между человѣкомъ и вещью не существуетъ, напротивъ того, человѣкъ относится къ вещи какъ къ чему-то стоящему внѣ его, другими словами—какъ субъектъ къ объекту.

Совершенно иное отношеніе государства къ территоріи; у послѣдней, какъ таковой, нѣтъ функцій вещи. Государство надъ ней не властвуетъ, ибо территорія сама есть часть государства. Вся роль и значеніе ея заключаются въ опредѣленіи границъ властвованія государства; она его пространственный предѣлъ, арена, въ коей упражняются

[1]) Loc. cit., 8.
[2]) Loc. cit., 9.

верховныя права суверена. Съ этой точки зрѣнія всякое посягательство на территорію есть вмѣстѣ съ тѣмъ и посягательство на самое государство, ибо оба понятія коррелятивны: государство не можетъ быть безъ территоріи, и исчезновеніе матеріальнаго субстрата равносильно исчезновенію самого политическаго организма.

Такова сущность воззрѣній Фрикера. Ниже намъ придется подробно остановиться на детальномъ изученіи его аргументаціи и отдѣльныхъ послѣдствіяхъ его отправной точки зрѣнія. Теперь мы можемъ ограничиться сказаннымъ, вполнѣ достаточнымъ для характеристики взгляда родоначальника новаго направленія.

§ 42. По пути, намѣченному Фрикеромъ, до сихъ поръ, пошла лишь, сравнительно, незначительная часть изслѣдователей. Однимъ изъ первыхъ былъ Inama Sternegg [1]), довольно рѣшительно возставшій противъ Герберовской теоріи публично-вещнаго права во имя новой доктрины. Однако, его взгляды, страдающіе нѣкоторою запутанностью, не оказали почти никакого вліянія на дальнѣйшую разработку вопроса.

У другого послѣдователя Фрикера — G. Meyer'а — вопросъ ставится вполнѣ ясно и опредѣленно. Въ крайне сжатой формѣ, но тѣмъ не менѣе весьма наглядно, територіальное верховенство характеризуется имъ какъ право государства упражнять въ предѣлахъ территоріи свои державныя права. Сама же территорія опредѣляется имъ какъ „räumlicher Umfang der Staatsherrschaft“ [2]).

Особенно подробно развито воззрѣніе на территорію какъ на „моментъ“ въ понятіи государства у Preuss'а [3]) и у

[1]) Die Rechtsverhältnisse des Staatsgebiets въ Zeits. f. die ges. Staatswis., 1870. S. 315 ff.

[2]) Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, § 74 (3 Auf. 1891).

[3]) Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften, 1889.

Bansi [1]), при чемъ для обоихъ этихъ авторовъ, стоящихъ на точкѣ зрѣнія органическаго пониманія государства, территорія является какъ бы „тѣломъ“ этого послѣдняго, т. е. неразрывной, составной его частью. Само собою разумѣется, что государство не можетъ обладать правами надъ частью самого себя, надъ такимъ элементомъ, безъ котораго оно само исчезло бы. И, подобно тому, какъ человѣкъ не является „собственникомъ“ своего тѣла, а напротивъ того человѣкъ безъ тѣла существовать не можетъ, территорія означаетъ только границы властвованія, но не можетъ мыслиться какъ предметъ обладанія.

Изъ прочихъ писателей, придерживающихся разсматриваемаго воззрѣнія, упоминанія заслуживаетъ прежде всего Еллинекъ, подробно останавливающійся на вопросѣ въ своей Allgemeine Staatslehre [2]); затѣмъ Curtius [3]), Rosin [4]), Affolter [5]) и нѣкоторые другіе [6]).

Со взглядами этихъ авторовъ намъ придется ближе ознакомиться, когда мы будемъ говорить о содержаніи понятія территоріальнаго верховенства. Теперь же мы перейдемъ къ разсмотрѣнію литературы спеціально международнаго права.

---

[1]) Die Gebietshoheit als rein staatsrechtlicher Begriff durchgeführt, Diss. 1897; его же статья въ Hirth's Annalen des deutschen Reichs, 1899.

[2]) S. 354 ff.; ср. его же, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1892, S. 72, 73.

[3]) Ueber Staatsgebiet und Staatsangehörigkeit въ Archiv f. öff. Recht, IX, S. 1 ff.

[4]) Das Recht der öffentlichen Genossenschaft, 1886, S. 44 ff.

[5]) Основныя черты общ. госуд. права, 1895, § 5.

[6]) Изъ русскихъ писателей Фрикеровскаго направленія придерживаются, повидимому, Н. М. Коркуновъ (Русск. госуд. право, I, стр. 15 [изд. 2-е, 1893]: «неправильно считать объектомъ государственнаго властвованія территорію. Территоріей лишь опредѣляются границы государственнаго властвованія, опредѣляется, гдѣ происходитъ властвованіе») и С. М. Прутченко, Современныя направленія науки государственнаго права въ Германіи 1895, стр. 22 (оттискъ изъ Журн. Мин. Нар. Просв.).

ГЛАВА СЕДЬМАЯ.

КОНСТРУКЦІЯ ТЕРРИТОРІИ ВЪ СОВРЕМЕННОМЪ МЕЖДУНАРОДНОМЪ ПРАВѢ.

---

§ 43. Для первыхъ учителей международнаго права jus gentium мыслилось какъ естественное право, перенесенное на отношенія между государствами [1]).

Иначе оно и быть не могло. Въ средніе вѣка и въ первой половинѣ новаго времени правильнаго международнаго оборота не существовало, и тѣ или иныя обыкновенія соблюдались не въ силу сознанія ихъ юридической необходимости, а, главнымъ образомъ, въ виду ихъ внутренней цѣлесообразности. Съ другой стороны, практика международныхъ отношеній и договорное право—мало развитое, но все же существовавшее—извѣстны были лишь крайне ограниченному кругу лицъ, въ общемъ мало склонныхъ къ научной ихъ обработкѣ. Поэтому, то международное право, которое мы находимъ въ трудахъ основателей этой науки, есть преимущественно плодъ правового чувства или, какъ за послѣднее время стали выражаться, интуитивное право, и притомъ построенное на частно-правовомъ фундаментѣ.

При господствѣ патримоніальнаго строя и унаслѣдован-

[1]) См. мою статью «Международно-правовое отношеніе» въ «Вѣстникѣ Права» 1900 г., Октябрь., стр. 35 и сл.

ной отъ эпохи феодализма системѣ правовыхъ понятій, такая постановка вопроса представлялась вполнѣ естественною: феодальные государи, какъ мы видѣли, смотрѣли на свои владѣнія какъ на частную свою собственность и распоряжались ими какъ boni patres familias — дарили, продавали, завѣщали и т. д. Неудивительно, что и отношенія между суверенами были подведены подъ тотъ же масштабъ, что и отношенія между людьми. Къ такой постановкѣ вопроса побуждалъ какъ общій строй феодальной жизни, такъ и вліяніе римскаго и каноническаго права. Воспитанные на Corpus Juris, легисты мыслили, такъ сказать, частно-правовыми категоріями, и тѣ же категоріи переносились ими въ область публичнаго права и въ сферу отношеній между отдѣльными суверенами [1]). По справедливому замѣчанію Westlake [2]), при изученіи международныхъ контроверзъ среднихъ вѣковъ и эпохи возрожденія, насъ поражаетъ то обстоятельство, что спорящіе постоянно вращаются въ сферѣ частнаго права, при чемъ, когда не замѣшаны начала феодальнаго права, приводимые аргументы почерпаются изъ области гражданскаго права древняго Рима.

Съ самаго начала, такимъ образомъ, международное право явилось въ образѣ естественнаго и уложено было въ рамки цивильныхъ построеній. Въ этомъ не трудно убѣдиться, бросивъ взглядъ на сочиненія писателей XVII и XVIII ст. Правда, у A. Gentilis'а и у H. Grotius'а встрѣчается попытка отдѣлить право положительное отъ права естественнаго. Противупоставляя jus naturale праву положительному (jus voluntarium), великій отецъ международнаго права, относитъ jus gentium къ этому послѣднему.

Такъ, въ Prolegomena къ De jure Belli ac Pacis, § XVII, мы находимъ слѣдующее опредѣленіе: „inter civitates aut

[1]) См. Грабарь, Римское право въ исторіи международно-правовыхъ ученій, 1901.

[2]) Études sur les principes du dr. intern. trad. par Nys, 1895, p. 34.

omnes, aut plerasque ex consensu jura quaedam nasci potuerunt, et nata apparet, quae utilitatem respicerent non coetum singulorum, sed magnae illius universitatis. Et hoc jus est quod gentium dicitur, quoties id nomen a jure naturali distinguimus“ (Ср. § XL).

Такимъ образомъ, jus gentium основано на явномъ или молчаливомъ согласіи народовъ. Однако, и для Гроція вся область междугосударственныхъ отношеній не заполняется правомъ положительнымъ; многое въ этой сферѣ регулируется естественнымъ правомъ, благодаря чему послѣднее нерѣдко совпадаетъ съ jus gentium, правомъ международнымъ. Такъ, напр., говоря о справедливой войнѣ, Гроцій находитъ, что „de jure naturali, quod et gentium dici potest, satis constat eo bella non omnia improbari: jure autem gentium voluntario itidem, non damnari bella satis nos docent historiae“ [1]).

Этотъ дуализмъ въ воззрѣніяхъ Г. Гроція породилъ, какъ извѣстно, двѣ школы: положительную и естественно-правовую. Первая, стремившаяся дать вѣрное изображеніе дѣйствовавшаго положительнаго права, оказала, однако, весьма незначительныя услуги догматическому развитію нашей дисциплины. Сочиненія Рахеля, Текстора, а позднѣе Мозера и др., представляющія изъ себя простые сборники отдѣльныхъ фактовъ, безъ критической оцѣнки, мало были способны замѣнить то стройное и красивое зданіе, которое воздвигнуто было философской мыслію XVIII в. Школа естественнаго права, найдя себѣ талантливыхъ представителей въ лицѣ Гоббза, Томазія, Пуфендорфа, Вольфа и др., одержала полную побѣду надъ реалистическимъ направленіемъ, пріуготовила путь, по которому пошла современная наука, и наложила свой отпечатокъ на всю систему международнаго права.

---

[1]) Lib. I, cap. II, § IV, 1, 2.

Съ точки зрѣнія учителей естественнаго права, государства, не признавая надъ собою высшей власти, живутъ, подобно людямъ, въ состояніи естественной свободы и, также, какъ и люди, управляются не положительнымъ закономъ, а естественнымъ правомъ. Другого права для нихъ и быть не можетъ, такъ какъ положительное исходитъ отъ правителя, а общаго для всѣхъ государствъ правителя нѣтъ [1]). Съ особой ясностью и опредѣленностью подобное пониманіе существа междугосударственныхъ отношеній сказывается у Гоббза. Для него, все право вообще дѣлится на божеское и человѣческое, а послѣднее, въ свою очередь, бываетъ „vel naturale hominum, quod solum obtinuit dici lex naturale, vel naturale civitatum, quod dici potest lex gentium, vulgo autem jus gentium appelatur". При этомъ „praecepta utriusque eadem sunt [2])". Къ этому мнѣнію присоединяется и Пуфендорфъ: „cui sententiae (Hobbessii),—говоритъ онъ,—et nos plane subscribimus [3])". Для него „jus gentium nihil aliud est quam jus naturae, quatenus illud inter se summo imperio non connexae gentes diversae observant queis eadem invicem suo modo officia praestanda, quae singulis per jus naturae praescribuntur" [4]). Такимъ образомъ, не существуетъ отдѣльной международноправовой дисциплины, отдѣльнаго положительнаго международнаго права. Тѣ правила, которыя лежатъ въ основаніи междулюдского оборота, регулируютъ и междугосударственныя отношенія.

Ученіе Гоббза и Пуфендорфа имѣло громадное вліяніе на дальнѣйшее развитіе нашей науки, и, по справедливому замѣчанію Ривье [5]), это вліяніе оказалось весьма

[1]) См. замѣчательное для своего времени разсужденіе Н. Безобразова, О началахъ внѣшняго государственнаго права, Спб., 1838, стр. 12 и сл.
[2]) Elementa philosophica de cive, cap. XIV, § 4.
[3]) De jure nat. et gent., lib. II, c. III, § 23.
[4]) Elementa jurisprudentiae universalis, lib. I, defin. XIII, § 24.
[5]) Holtzendorff's Handbuch des Völkerrecht's, I, 1885, S. 425.

неблаготворнымъ. Найдя, въ лицѣ Томазія [1]), талантливаго вульгаризатора, теорія совпаденія международнаго права съ естественнымъ надолго сдѣлалась незыблемымъ догматомъ и овладѣла умами не только въ Германіи, но и далеко за предѣлами ея [2]). Вліяніе этого ученія сказалось и тогда, когда теорія отождествленія естественнаго права съ международнымъ была окончательно оставлена.

Въ XVIII в., впрочемъ, уже начинаются попытки разорвать связь международнаго права съ естественнымъ. По крайней мѣрѣ jus gentium начинаетъ мыслиться какъ нѣчто отличное отъ jus naturale, какъ самостоятельный комплексъ нормъ. Уже Хр. Вольфъ пытается провести грань между jus gent. naturale voluntarium и consuetudinarium [3]) и ему слѣдуетъ его популяризаторъ Ваттель [4]).

Въ XIX столѣтіи позитивная школа дѣлаетъ громадныя усилія для того, чтобы освободить международное право отъ естественно-правовыхъ оковъ, и тщательно старается возвести въ особую дисциплину положительное, практическое междугосударственное право. Но связь съ jus naturale была слишкомъ тѣсна, и причины цивилистическаго характера jus gentium лежали слишкомъ глубоко, чтобы эти попытки могли сразу увѣнчаться успѣхомъ. Ваттель, несмотря на все стараніе, не можетъ отдѣлаться отъ взгляда на международное право, какъ на естественное, перенесенное въ сферу отношеній между націями: онъ невольно долженъ признаться, что „le droit des gens n'est originairement autre chose que le droit de la nature appliqué aux nations“ (prélim. § 6). Но, продолжаетъ онъ: „comme l'appliquation d'une règle ne

---

1) Institutiones jurisprudentiae divinae libri III, 1688.

2) Ср. Rivier въ Holtzendorff's Handbuch, I, S. 431 ff.

3) Jus gentium methodo scientifica pertractatum, in quo jus gentium naturale ab eo quod voluntarii, pactitii, consuetudinarii est accurate distinguitur, 1749.

4) Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains.

peut être juste et raisonnable, si elle ne se fait d'une manière convenable au sujet, il ne faut pas croire que le droit des gens soit précisément et partout le même que le droit naturel, aux sujets près, en sorte que l'on n'ait qu'à substituer les nations aux particuliers“ (ibid.). Стало быть, le droit des gens разнится отъ le droit naturel, но въ чемъ заключается различіе, Ваттель не поясняетъ. И во всемъ дальнѣйшемъ его изложеніи стремленіе выдѣлить положительный элементъ не ведетъ къ какимъ-либо полезнымъ результатамъ; приводимыя имъ конструкціи остаются все тѣми же естественно-цивильными построеніями, какія прямо и открыто воздвигались Пуфендорфомъ и его школою.

Болѣе удачно замаскирована старая подкладка ученія у Г. Фр. фонъ-Мартенса [1]), но и у него, какъ только дѣло доходитъ до формулировки понятія положительнаго международнаго права, отсутствуютъ та ясность и опредѣленность, которыя необходимы при установленіи юридическихъ категорій.

§ 44. Въ нашу задачу не входитъ изученіе вопроса о вліяніи естественно-правовыхъ и цивилистическихъ построеній на доктрину международнаго права вообще. Намъ было важно только констатировать, что, въ силу цѣлаго ряда историческихъ причинъ, наша наука пошла по проложенному цивильной доктриной пути и, въ силу вещей, должна была усвоить специфическій частно-правовой характеръ. Поскольку онъ отразился на конструкціи отдѣльныхъ институтовъ междугосударственнаго права, намъ нѣтъ нужды подробно изучать. Для насъ представляетъ интересъ лишь та сторона вопроса, которая касается ученія о территоріи. Если государства мыслятся какъ самостоятельные субъекты, стоящіе другъ къ другу въ тѣхъ же отношеніяхъ, что и отдѣльные люди; если они должны подчиняться тѣмъ же нормамъ поведенія,

---

[1]) Précis du droit des gens.

что и люди, то отсюда само собою вытекаетъ, что на матеріальный субстратъ государства *могутъ* быть распространены тѣ же правила, которыя регулируютъ гражданскій оборотъ недвижимости. Мы говоримъ могутъ. На самомъ дѣлѣ, если государство, съ точки зрѣнія общей правовой доктрины, *не* является держателемъ тѣхъ или иныхъ вещныхъ правомочій по отношенію къ территоріи, то мыслима и такая международно-правовая конструкція, которая не вводитъ элемента вещности въ область междугосударственныхъ отношеній.

Но условія государственной жизни въ средніе вѣка и въ новое время до паденія ancien régime были, какъ мы выше видѣли, всецѣло построены на вещно-патримоніальномъ основаніи. Естественно, что и въ доктринѣ международнаго права воззрѣніе на территорію, какъ на объектъ властвованія, получило полное право гражданства.

Эта точка зрѣнія проходитъ красной нитью чрезъ всю исторію нашей науки. Для среднихъ вѣковъ, когда дѣйствующими между государствами являлись нормы римскаго права— болѣе или менѣе приспособленныя къ жизненнымъ условіямъ—она преставлялась единственно возможной. Всѣ территоріальныя отношенія, дѣйствительно, укладывались въ рамки частнаго права, и взглядъ на территорію, какъ на объектъ имущественно-правовыхъ правомочій, вполнѣ соотвѣтствовалъ истинному положенію вещей.

То же направленіе, однако, сохранилось въ наукѣ и послѣ того, какъ фактическія условія государственной жизни измѣнились, и патримоніальный строй сталъ уступать мѣсто другому, основанному на публично-правовыхъ началахъ. Выше мы видѣли, съ какимъ трудомъ въ области конструкціи внутренно-государственныхъ отношеній наукѣ удалось сбросить съ себя цивилистическое иго. Въ сферѣ междугосударственнаго права правосознаніе еще медленнѣе пошло по новому пути. Что воззрѣніе на территоріальное верхо-

венство, какъ на видъ собственности, является основнымъ въ трудахъ представителей школы естественнаго права — болѣе чѣмъ понятно. Оно, такъ сказать, было одной изъ отправныхъ точекъ зрѣнія всего ученія. Право государства мыслилось какъ абсолютное, покрывающее собою права частныхъ лицъ на тѣ или иные участки земли, но качественно отъ нихъ не отличалось [1]).

Отъ изложеннаго воззрѣнія не сумѣла отрѣшиться и позитивная школа. Для характеристики этого послѣдняго направленія мы остановимся на взглядахъ G.-Fr. v. Martens, наиболѣе талантливаго его представителя.

Для названнаго автора, imperium, власть, есть не что иное, какъ послѣдствіе неограниченнаго права собственности (I, § 44) — отправная точка зрѣнія, какъ видно, совершенно средневѣковая. Когда какая-нибудь нація занимаетъ („оккупируетъ") ту или другую территорію, право собственности, которое она тѣмъ самымъ пріобрѣтаетъ, даетъ ей законную возможность пользоваться присоединенною областью по своему усмотрѣнію, при условіи ненарушенія правъ третьихъ лицъ. При этомъ, всѣ тѣ земельные участки, которые будутъ розданы частнымъ лицамъ, остаются во власти (собственности) государства (§ 72).

Ученіе Мартенса является типичнымъ для характеристики всего научнаго направленія начала минувшаго столѣтія. Его мы находимъ у всѣхъ рѣшительно писателей разсматриваемой эпохи, лишь изрѣдка замаскированнымъ подъ понятіями „покровительства" государства, „суверенитета" и т. п. Съ болѣе глубокимъ и вдумчивымъ отно-

[1]) Характерно слѣдующее мѣсто изъ Pufendorf, Le droit de la nature et des gens, trad. par Barbeyrac, IV, ch. VI, § 4: „à l'égard de l'acquisition d'un pays en général par le droit de premier occupant, il faut remarquer qu'elle donne à tout le corps, considéré comme tel, un droit de propriété sur toutes les choses contenues dans le pays... Et cette propriété générale est tellement distincte de la propriété des particuliers, que la dernière peut être transférée même à un étranger, sans préjudice du Domaine de l'État".

шеніемъ къ вопросу мы впервые встрѣчаемся въ сочиненіи Eugène Ortolan, Des moyens d'acquérir le domaine international, появившемся въ 1849 году [1]).

Слово „собственность", propriété, говоритъ Ортоланъ, заимствовано изъ частнаго права; въ примѣненіи къ междугосударственнымъ отношеніямъ оно имѣетъ совершенно своеобразный смыслъ, хотя между частнымъ правомъ и правомъ международнымъ имѣются черты сходства.

Это сходство, по его мнѣнію, заключается въ слѣдующемъ.

Всякое право регулируетъ *только* отношенія между людьми—un droit n'existe que d'homme à homme [2]). Вещное же право (droit réel) характеризуется своей абсолютностью—оно направлено противъ всѣхъ, въ отличіе отъ обязательственнаго права, въ которомъ притязаніе направлено противъ опредѣленнаго лица или опредѣленныхъ лицъ.

Съ этой точки зрѣнія право государства на свою территорію должно быть конструировано какъ абсолютное вещное право, коему соотвѣтствуетъ обязанность всѣхъ другихъ націй—уважать „l'action de chaque peuple sur son territoire" [3]).

Разсматриваемой какъ цѣлое, каждой націи принадлежатъ, относительно другихъ націй, права собственника, и именно право пользоваться своей территоріей, ее обрабатывать, извлекать изъ нея плоды, и т. п. Но *сверхъ того*, народъ, въ качествѣ суверенной власти, имѣетъ по отношенію къ своей территоріи еще болѣе высокое право: онъ упражняетъ imperium и jurisdictio.

Право собственности въ примѣненіи къ международнымъ отношеніямъ есть „le domaine international".

---

[1]) Первоначально отпечатано въ Revue de législation et de jurisprudence, 1849, t. II et suiv. Наши ссылки относятся именно къ этимъ статьямъ (вышедшимъ затѣмъ отдѣльнымъ изданіемъ).

[2]) Loc. cit., II, p. 302.

[3]) Ibid.

Воззрѣнія Ортолана, какъ основанныя на весьма глубокомъ анализѣ понятій права и, въ частности, вещнаго права, стоятъ, несомнѣнно, значительно выше взглядовъ его современниковъ. За самое послѣднее время они вновь использованы были въ нѣмецкой литературѣ для доказательства вещнаго характера территоріальнаго верховенства, главнѣйше Гейльборномъ [1]), при чемъ обставлены были громоздкимъ научнымъ аппаратомъ. Непосредственно же слѣдующая за Ортоланомъ литература ограничилась усвоеніемъ термина „domaine international", весьма мало заботясь о самостоятельной конструкціи этого понятія.

§ 45. Мы обращаемся къ современной литературѣ международнаго права. Здѣсь насъ поразитъ полнѣйшее господство классической теоріи. Сходство во взглядахъ отдѣльныхъ авторовъ, въ данномъ случаѣ, настолько велико, что едва ли можно уловить какіе-нибудь оттѣнки. Вся разница сводится къ терминологіи и къ внѣшней формѣ выраженія, по существу же единодушіе полное: у всѣхъ повсюду и всегда торжествуетъ побѣду воззрѣніе на территорію какъ на объектъ властвованія, какъ на вещь, и притомъ въ самой грубой и наивной формѣ. Любопытно, при этомъ, что изслѣдованія Гербера и его послѣдователей, въ общемъ, чрезвычайно мало повліяли на самую постановку вопроса. Изъ нихъ, собственно говоря, интернаціоналисты запомнили только теорію объ „öffentliches Sachenrecht", что дало возможность имъ утверждать, будто международная собственность покоится на imperium, а не на dominium. Но и это въ лучшемъ только случаѣ. Большинство писателей,—въ томъ числѣ всѣ французскіе, итальянскіе и англійскіе,—не входя вовсе въ анализъ юридической природы территоріи, прямо переносятъ ученіе гражданскаго права о вещахъ на междугосударственныя отношенія.

---

[1]) System des Völkerrechts, 1895, S. 5 ff.

Остановимся на воззрѣніяхъ нѣкоторыхъ изъ новѣйшихъ, наиболѣе видныхъ представителей нашей науки. Это изложеніе подтвердитъ тѣ общія соображенія о состояніи вопроса въ международномъ правѣ, которыя мы только что высказали.

Понятіе „государственной собственности" (Staatseigenthum), читаемъ мы у Neumann'а, обладаетъ обоими существенными признаками собственности: исключительностью и свободой распоряженія. Сюда относятся: государственная территорія какъ цѣлое и, противуполагаемое частной собственности, государственное достояніе [1]).

Государство, говоритъ Piédelièvre, распространяетъ свою власть надъ всѣмъ пространствомъ опредѣленной территоріи, въ предѣлахъ которой оно дѣйствуетъ совершенно самостоятельно. Эта территорія составляетъ объектъ его права собственности (droit de propriété) [2]).

Иное обоснованіе пытается дать разсматриваемому понятію извѣстный англійскій интернаціоналистъ Travers-Twiss [3]). Всякая нація, говоритъ этотъ авторъ, на основаніи права своего на самосохраненіе и независимость, можетъ претендовать на полную свободу дѣйствій въ цѣляхъ развитія своего благосостоянія въ такой мѣрѣ, которая совмѣстима съ независимостью и самосохраненіемъ другихъ націй. Изъ этого вытекаетъ право народовъ на обладаніе вещами (jus possidendi), и это право распространяется не только на земныя произрастанія, но и на самую землю.

Затѣмъ слѣдуетъ ссылка на Vattel, ученіе котораго на существо собственности всецѣло воспринимается авторомъ. Такимъ образомъ, воззрѣнія англійскаго писателя конца XIX ст. являются какъ бы сколкомъ съ тѣхъ теорій, которыя составляли credo публицистической доктрины XVII и XVIII вв.

По тѣмъ же слѣдамъ, изъ болѣе извѣстныхъ, идутъ

---

1) Grundriss des heutigen europäischen Völkerrechts, 2 Auf. 1877, S. 42.
2) Précis de droit intern. public, I, 1894, p. 323.
3) Le droit des gens, I, 1887, p. 176 et suiv. 209, et suiv.

Calvo [1]) (съ приблизительно тою же мотивировкою, что у Travers-Twiss), Westlake [2]), Halleck [3]), Hall [4]), Imbart Latour [5]), v. Bulmerincq [6]) и др.

Другую, въ наши дни наиболѣе многочисленную, группу составляютъ тѣ изслѣдователи, которые, подчеркивая вещный характеръ территоріальной власти, тѣмъ не менѣе стремятся придать этому понятію публично-правовой оттѣнокъ. Такъ, напр., Hartmann [7]) замѣчаетъ, что подобно тому, какъ собственность есть абсолютное властвованіе надъ вещью, территоріальное верховенство есть абсолютная власть надъ территоріей, но самое понятіе власти, властвованія, въ обоихъ случаяхъ далеко не одинаково вслѣдствіе различія въ объектахъ. Территорія обнимаетъ также и живущихъ на ней людей—эти же послѣдніе не могутъ быть предметомъ обладанія, права собственности. Отсюда слѣдуетъ, что „Staatseigenthum ist im völkerrechtlichen Sinne imperium". Гартманъ, однако, не объясняетъ, какимъ образомъ imperium можетъ заключаться въ абсолютномъ властвованіи надъ вещью. Въ этомъ отношеніи ту же осторожность соблюдаютъ всѣ его единомышленники. Такъ Rivier [8]) устанавляетъ въ качествѣ руководящаго принципа то положеніе, что государство упражняетъ надъ территоріей террито-

---

[1]) Le droit international théorique et pratique, 4 éd. 1887, I, p. 385.

[2]) Loc. cit.

[3]) International Law, 1861, ch. VI, § 6. Характерно слѣдующее мѣсто: as a general rule, the property of a state is marked by the same characteristics relatively to other states, as the property of individuals relatively to other individuals.

[4]) International Law, 1880, p. 39: „property", являющееся *логически* необходимымъ послѣдствіемъ того факта, что у государства „to the exclusive use and disposal of its territory as against other states".

[5]) La mer territoriale, 1889, p. 9, rem. 1. У этого автора путаница понятій доходитъ до невѣроятныхъ предѣловъ: по его мнѣнію „on admet généralement que l'État a le domaine éminent sur son territoire"—а этотъ domaine, есть будто бы то, что Ortolan называетъ dom. international!

[6]) Völkerrecht, 2 Auf. 1889, S. 279.

[7]) Institutionen des praktischen Völkerrechts, 2 Auf., 1878, S. 155.

[8]) Principes du droit des gens, 1896, I, p. 137.

ріальный суверенитетъ, территоріальное право, imperium,— но тутъ же добавляетъ, что это понятіе относится къ общему публичному праву и обнимаетъ собой властвованіе надъ лицами и вещами, находящимися въ предѣлахъ территоріи. Еще меньшею ясностью отличается воззрѣніе Fiore[1]). Территорія каждаго государства, говоритъ италіанскій ученый, должна считаться въ исключительномъ юридическомъ обладаніи (possession) суверенной власти (de la souveraineté), которая въ правѣ, утвердившись въ ней, защищать ее отъ покушеній со стороны третьихъ державъ и распоряжаться ею въ предѣлахъ, установленныхъ конституціей.

Весьма близко къ ученію Гербера подходитъ проводимый проф. Даневскимъ[2]) взглядъ. Изъ идеи государственнаго верховенства вытекаетъ, будто бы и публично-правовая собственность государства надъ всѣмъ пространствомъ принадлежащихъ ему суши и воды. Права территоріальнаго верховенства сводятся къ совокупности публичныхъ правъ, а не къ частной собственности (не dominium, а imperium); чѣмъ, однако, публично-правовая собственность отличается отъ частной, почтенный авторъ не объясняетъ.

За послѣдніе годы, наконецъ, стали появляться ученія, цѣликомъ переносящія въ область международнаго права теорію родоначальника формально-конструктивнаго направленія. Такъ, Ullmann утверждаетъ, что территорія есть физическая матеріальная основа государства и, вмѣстѣ съ тѣмъ, вещный объектъ властвованія (die physische Grundlage der Staatlichen Gemeinschaft und das sachliche Objekt der Staatsgewalt[3]).

У Zitelmann'а[4]) та же точка зрѣнія обставлена болѣе громоздкимъ аппаратомъ. Территоріальное верховенство,—

---

[1]) Le droit intern. codifié, trad. par Chrétien, 1890, art. 531.

[2]) Пособіе къ изученію международнаго права, 1892, I, стр. 208.

[3]) Völkerrecht, 1898, S. 177.

[4]) Internationales Privatrecht, I, 1897, S. 91 ff.

говоритъ этотъ авторъ, есть двуглавое понятіе. Во-первыхъ, оно означаетъ, что государство властвуетъ въ предѣлахъ своей территоріи, при чемъ послѣдняя является лишь ареной власти (Schauplatz der Herrschaft, Schauplatz in geografischen Sinn). Эта функція территоріи—государственно-правовая (staatrechtliche Seite). Но есть и другая сторона—международно-правовая. Въ этомъ второмъ смыслѣ, территорія есть объектъ власти государства, подобно тому, какъ вещь составляетъ предметъ права собственности. Это воззрѣніе—выдаваемое, повидимому, Цительманомъ за совершенно новое — есть нечто иное, какъ повтореніе — почти буквальное—того, что уже 15 лѣтъ тому назадъ было высказано Rosin'омъ [1]) и нѣк. др. Если Цительманъ въ чемъ-либо и отступаетъ отъ своихъ предшественниковъ, то въ своеобразной аргументаціи. Но на ней намъ придется остановиться нѣсколько ниже.

§ 46. Спрашивается, однако, не отразилось ли новое, Фрикеровское направленіе и на литературѣ международнаго права?

На этотъ вопросъ, къ сожалѣнію, приходится дать отрицательный отвѣтъ. Несмотря на то, что конструкція территоріи должна была бы, казалось, привлекать преимущественно вниманіе интернаціоналистовъ, доктрина международнаго права весьма вяло и неохотно реагировала до сихъ поръ на новыя вѣянія въ этой области. Какъ мы уже упоминали, безусловно господствующей является ортодоксальная точка зрѣнія на территорію какъ на объектъ власти; если этотъ взглядъ не всегда прямо высказывается, то тѣмъ не менѣе онъ лежитъ въ основѣ всѣхъ разсужденій о территоріальныхъ отношеніяхъ государствъ. Не трудно привести этому доказательства.

Такъ, напр., Bluntschli опредѣляетъ Gebietshoheit какъ

---

¹) См. ниже.

Staatshoheit (Souveränetät) in ihrer Anwendung auf ein bestimmtes dem Staate zugehöriges Gebiet (Reich, Land) [1]): формула вполнѣ корректна и чужда, повидимому, всякихъ частно-правовыхъ примѣсей. Но если взглянуть на дальнѣйшее ученіе Блунчли, на его конструкцію международныхъ сервитутовъ, пріобрѣтенія территорій и т. д., то станетъ ясно, что старое вино лишь перелито въ новые мѣха.

Для проф. Мартенса [2]) территорія есть пространство земли и воды, подчиняющееся исключительно верховной власти государства. Государственная власть въ отношеніи территоріи есть территоріальная власть: она обнаруживается въ верховномъ господствѣ надъ опредѣленной территоріею и надъ всѣмъ, что на ней находится. Если отбросить выраженіе „надъ опредѣленной территоріей", которое способно породить недоразумѣнія, опредѣленіе совершенно правильно, однако, нѣсколькими строками ниже, авторъ называетъ территорію „объектомъ международной собственности государства". А въ § 90 своего труда, посвященномъ способамъ пріобрѣтенія территоріальныхъ владѣній, онъ исходитъ изъ того общаго положенія, что къ этимъ способамъ вполнѣ или отчасти примѣнимы начала, выработавшіяся въ римскомъ правѣ. Но примѣненіе этихъ началъ, конечно, возможно лишь въ томъ случаѣ, если территорія мыслится какъ объектъ вещнаго права [3]).

Нѣсколько труднѣе уловить истинный смыслъ разсужденій Holtzendorff'а [4]). Существо территоріальнаго верховенства заключается, по его мнѣнію, въ томъ, что за государственной властью признается право властвовать въ извѣстныхъ пространственныхъ предѣлахъ; именно въ нихъ

---

[1]) Das moderne Völkerrecht, § 276.

[2]) Современное междун. право, I, § 88.

[3]) Близко къ воззрѣніямъ Ф. Ф. Мартенса подходятъ теоріи Gareis, Institutionen des Völkerrecht's, 2 Aus. 1901, S. 70 ff. и проф. Казанскаго, Учебникъ межд. права, 1902, § 24.

[4]) Handbuch des Völkerrechts, II, 1887, S. 223 ff.

власть и облечена территоріальнымъ и личнымъ верховенствомъ (Oberherrschaft) надъ всѣми вещами и людьми (стр. 226). Это территоріально-личное верховенство, однако, понимается Гольцендорфомъ какъ совокупность извѣстныхъ правомочій. Это видно изъ того, что имъ изъ Gebietshoheit выводится право государства присваивать себѣ безхозяйныя вещи и отчуждать въ свою пользу имущества частныхъ лицъ (стр. 240). Эта невыдержанность конструкціи, вводящая насъ въ кругъ давно отжившихъ понятій (ученіе о послѣдствіяхъ, „Ausflüsse", территоріальнаго верховенства), въ значительной степени подрываетъ теорію покойнаго мюнхенскаго профессора. Благодаря указанному недостатку, изслѣдованіе Гольцендорфа, несмотря на многія совершенно вѣрныя и глубокія замѣчанія, едва ли ознаменовало собою шагъ впередъ въ исторіи вопроса о территоріи.

Salomon, въ своей извѣстной монографіи объ оккупаціи [1]), останавливаясь на конструкціи территоріи, констатируетъ, прежде всего, что многіе авторы не сумѣли освободиться отъ теоріи государства-собственника, упражняющаго надъ территоріей вещное право. Это воззрѣніе онъ находитъ въ корень неправильнымъ, ибо юридическое отношеніе, существующее между государствомъ и территоріей, относится не къ частному, а къ публичному праву (стр. 16). Подъ территоріальнымъ же верховенствомъ слѣдуетъ понимать власть (la puissance de gouverner), поскольку она упражняется въ опредѣленныхъ предѣлахъ (стр. 12). Въ дальнѣйшемъ изложеніи, однако, эта точка зрѣнія оказывается невыдержанной, и все ученіе объ оккупаціи излагается по общепринятому шаблону, заимствованному изъ римскаго права.

Таково доминирующее нынѣ въ доктринѣ международнаго права направленіе [2]). Фрикеровская теорія прошла почти

---

[1]) L'occupation des territoires sans maîtres, 1889.

[2]) Въ видахъ полноты, мы должны упомянуть о тѣхъ писателяхъ, которые, изъ предосторожности или по другимъ причинамъ, такъ или иначе

совершенно безслѣдно. Строго говоря, мы можемъ указать только на одного писателя, оказавшагося подъ прямымъ и непосредственнымъ вліяніемъ новаго направленія. Мы имѣемъ въ виду извѣстнаго криминалиста Фр. фонъ Листа [1]). Въ своемъ Международномъ правѣ (русскій переводъ 1902) Листъ весьма опредѣленно установляетъ тотъ принципъ, что территоріальное верховенство есть сама государственная власть, поскольку она распространяется на территорію и

стараются вовсе избѣгнуть вопросъ о конструкціи территоріи. Это умолчаніе особенно часто встрѣчается у французовъ. Такъ, напр., Bonfils, Manuel de droit intern. public, 1894, p. 255 опредѣляетъ территорію, какъ „la région du globe terrestre occupée par un peuple soumis à un même pouvoir souverain, région sur laquelle l'État exerce sa domination exclusive, etc“... Опредѣленіе это исключительно вербальное и сущности территоріальнаго верховенства, конечно, не раскрываетъ. У Chrétien, Principes de droit intern. public, I, 1893, p. 96 et suiv., вопросъ еще больше упрощается: надъ domaine public государство упражняетъ право собственности, надъ имуществами частныхъ лицъ—un droit de souveraineté territoriale et de juridiction. Но имѣются ли у государства какія-либо права надъ территоріей какъ таковой — остается не выясненнымъ. Крайне оригинальное воззрѣніе проводится г. Симсономъ, О завладѣніи по началамъ международнаго права, 1894. Территоріальная верховная власть, говоритъ этотъ авторъ (стр. 81), не имѣетъ никакого дѣла (sic) съ частнымъ правомъ; она ни собственность (proprietas), ни владѣніе (dominium) (??), ни верховное владѣніе (dominium eminens), а государственная власть относительно государственной территоріи. Повидимому, г. Симсонъ не считаетъ территоріи объектомъ публичнаго вещнаго права, такъ какъ въ примѣчаніи отсылаетъ читателя къ статьѣ Inama-Sternegg, направленной противъ öffentliches Sachenrecht Гербера—но тутъ же мы узнаемъ, что Фрикеръ „странно“ понимаетъ территоріальную верховную власть (см. прим. 2 на стр. 81); на страницѣ же 113 неожиданно заявляется, что территоріальная власть есть только одна изъ составныхъ частей государственной власти. Смѣшеніе понятій во всѣхъ этихъ разсужденіяхъ болѣе чѣмъ очевидно.

Въ новѣйшей англійской литературѣ стараются оперироваться при помощи понятій „jurisdiction“ и „sovereignty“, изгоняя терминъ „property“. Такъ Walker, The science of intern. law, 1893, p. 41, опредѣляетъ territorial sovereignty какъ „sovereignty localised and referred to geografical limits“. При этомъ (p. 43) „the modern Sovereign is a Legislator, commanding and permitting, and the limit of his jurisdiction is a landmark, the boundary stone of the State“. Ср., однако, его же, A manual of public intern. law, 1895, p. 26 („property“).

[1]) Замѣчаніе Fricker, Gebiet und Gebietshoheit, 1901, S. 28, будто нельзя прійдти къ опредѣленному заключенію относительно воззрѣній Листа представляется намъ неосновательнымъ.

ограничивается ею ratione loci; она imperium, но не dominium, признанное международнымъ правомъ господство надъ территоріей, но не вещное право на територію. Вопросъ, такимъ образомъ, поставленъ совершенно ясно и опредѣленно; территорія есть предѣлъ, но не объектъ государственной власти. И въ дальнѣйшемъ изложеніи, при конструкціи отдѣльныхъ институтовъ международнаго права, эта точка зрѣнія представляется вполнѣ выдержанной.

ГЛАВА ВОСЬМАЯ.

ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРИРОДА ТЕРРИТОРІАЛЬНАГО ВЕРХОВЕНСТВА.

1. Постановка вопроса.

§ 47. Въ предыдущихъ главахъ мы подробно разсмотрѣли современное состояніе ученія о территоріи. Намъ пришлось констатировать, что публицистическая литература раздѣляется на два большихъ лагеря. Для однихъ — территорія объектъ власти, для другихъ — пространственный ея предѣлъ. Къ этимъ двумъ формуламъ сводится, въ конечномъ анализѣ, вся контроверза, отъ принятія той или другой зависитъ, въ свою очередь, конструкція цѣлаго ряда институтовъ. Теперь намъ предстоитъ войти въ разсмотрѣніе спора по существу и остановиться на тѣхъ аргументахъ, которые приводятся съ той и съ другой стороны.

Прежде всего, необходимо строго установить самый предметъ контроверзы. О чемъ спорятъ? Что, съ строго-юридической точки зрѣнія, значитъ „конструкція территоріи"? Различныя неясности въ самой постановкѣ вопроса значительно содѣйствовали его за'емнѣнію; нерѣдко поэтому привлекался къ дѣлу такой матеріалъ, который къ принципіальной сторонѣ вопроса никакого отношенія не имѣетъ, вслѣдствіе чего аргументація изъ одного круга понятій незамѣтно впадала въ другой.

При современномъ пониманіи государства, мыслящагося какъ единство, рѣчь можетъ идти только объ отношеніи къ территоріи, разсматриваемой въ ея цѣломъ, къ территоріи какъ элементу государства, но не къ территоріи какъ совокупности земельныхъ участковъ, матеріальныхъ вещей. Разница между обѣими точками зрѣнія очевидна. Не входя въ детали, остановимся вкратцѣ на юридической природѣ тѣхъ типовъ, къ которымъ сводятся отношенія государства къ землѣ, какъ объекту обладанія.

Характерная черта права, принадлежащаго лицу въ отношеніи ко всякому объекту собственности или, вообще, вещныхъ правомочій, заключается въ его абсолютности. Jus in rem есть абсолютное право, jus contra omnes [1]). Субъектомъ обязанности являются всѣ остальные люди, — а также и государство, поскольку оно участвуетъ въ гражданскомъ оборотѣ, въ видѣ фиска. Но государству-властителю, держателю публичныхъ правомочій, бываетъ иногда необходимо посягнуть на это право, его уменьшить или вовсе уничтожить. Частный интересъ, въ данномъ случаѣ, приносится въ жертву общему. Вооруженное своими правами власти, государство вторгается въ сферу частныхъ правъ. Но, всякій разъ когда къ этому вынуждаетъ его необходимость, оно дѣйствуетъ не произвольно, какъ поступаетъ собственникъ по отношенію къ своему имуществу, а сообразуясь съ существующими законами. Даже упражненіе т. наз. Nothrecht'а, права необходимости, поставлено въ извѣстныя законныя рамки. Такъ, напр., въ Пруссіи Nothverordnungen должны быть представлены палатамъ на ближайшей сессіи и т. д.

Государству, однако, присущи не однѣ только функціи власти — imperium; оно можетъ проявлять себя не только въ видѣ лица повелѣвающаго, но и въ качествѣ субъекта имущественныхъ правъ, т. е. фиска.

Ученіе о фискальной природѣ государства пережило,

[1]) См. подробно объ этомъ ниже, стр. 161 и слѣд.

какъ извѣстно, нѣсколько стадій. Во времена полицейскаго государства фискъ мыслился въ образѣ юридическаго лица, имѣющаго отдѣльное отъ государства существованіе, живущаго, такъ сказать, рядомъ съ нимъ [1]). Понятіе государства, такимъ образомъ, дробилось. Съ теченіемъ времени, однако, положеніе вещей измѣнилось. На государство, какими бы правами оно вооружено ни было, стали смотрѣть какъ на единое цѣлое, а въ фискѣ признали лишь одну его сторону. Какъ говоритъ одинъ изъ новѣйшихъ изслѣдователей вопроса, Rintelen, „nach heutigem Staatsrechte ist die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Staates begrifflich nur eine Seite der Staatspersönlichkeit" [2]). Въ настоящее время эта точка зрѣнія безусловно господствующая; усвоена она не только теоріей, но проводится и современными положительными законодательствами.

Такимъ образомъ, фискъ есть само государство, вооруженное извѣстными правомочіями, качественно отличающимися отъ правъ власти, суверенитета. Необходимо, однако, ближайшимъ образомъ опредѣлить юридическую природу этихъ правомочій. Съ точки зрѣнія весьма многочисленной группы писателей отвѣтъ на вопросъ крайне простъ: въ роли фиска государство выступаетъ тогда, когда оно подчиняетъ себя нормамъ частнаго, гражданскаго права и, отрекаясь отъ imperium, вступаетъ въ цивильный оборотъ. Такого воззрѣнія придерживаются Laband [3]), Zorn [4]), M. Seydel [5]), H. Schultze [6]) и мн. др. Однако, болѣе внимательный анализъ существующихъ отношеній приводитъ къ убѣжденію, что фискальная природа государства проявляется не только въ сферѣ частно-правовой, но нерѣдко и въ тѣхъ случаяхъ,

[1]) См. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, I, 1895, S. 47 ff.
[2]) Статья «Fiskus» въ Handwörterbuch der Staatswissenschaften.
[3]) Staatsrecht des deutschen Reichs, 3 Auf., 1895, II, S. 801 ff.
[4]) Staatsrecht des deutschen Reichs, II, S. 220.
[5]) Bayerisches Staatsrecht, IV, S. 1 ff.
[6]) Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, S. 576, также Rintelen, loc. cit.

когда государство дѣйствуетъ въ рамкахъ публичнаго права. На самомъ дѣлѣ, многія имущественно-правовыя полномочія его носятъ безусловно публичный характеръ; такъ, напр., отношеніе государства къ большимъ дорогамъ, къ берегу моря и т. д. нормируется не частнымъ, а публичнымъ правомъ. Всѣ эти вещи, по естественнымъ или политическимъ причинамъ, изъяты изъ гражданскаго оборота и не могутъ быть объектомъ правъ для частныхъ лицъ. Но, вмѣстѣ съ тѣмъ, онѣ не составляютъ частной собственности государства; послѣднее владѣетъ ими не по правиламъ гражданскаго права, а на основаніи публичнаго.

Во французскомъ административномъ правѣ ученіе о публичной собственности издавна пользуется правомъ гражданства. Domaine public de l'État и закономъ [1]) и теоретиками считается видомъ собственности. По опредѣленію Hauriou „c'est le droit de propriété appartenant à une personne administrative et modifié dans ses effets par la destination d'utilité publique de la chose sur laquelle il porte" [2]). И отъ частной собственности государства — domaine privé de l'État — публичная отличается цѣлымъ рядомъ признаковъ, изъ коихъ главнѣйшій — неотчуждаемость.

Въ Германіи понятіе публично-правовой собственности точно также усвоено и законодательствомъ и теоріей [3]). Появилось оно вмѣстѣ съ идеею государства какъ юридической личности и до послѣдняго времени безпрепятственно царило въ жизни и наукѣ. Въ шестидесятыхъ годахъ, по одному частному случаю [4]), сдѣлана была Келлеромъ и Іерингомъ попытка выкинуть публичную собственность за бортъ и замѣнить ее понятіемъ „верховно-полицейской"

---

[1]) См. Hauriou, Précis de droit administratif, 2 éd., 1893, p. 486.

[2]) Ibid., p. 483.

[3]) См. Otto Mayer, op. cit., II, 62.

[4]) Споръ относительно укрѣпленій г. Базеля. Литературу этого вопроса см. выше, стр. 43, прим. 2.

власти. Побѣда, однако, осталась за представителями традиціоннаго направленія и въ наши дни лишь изрѣдка раздаются голоса, старающіеся нарушить установившуюся во взглядахъ изслѣдователей [1]) гармонію.

Такимъ образомъ, отдѣльныя матеріальныя части территоріи, недвижимыя вещи, составляютъ либо объектъ частной собственности (фиска или отдѣльныхъ лицъ), либо входятъ въ составъ государственнаго достоянія. Территорія же какъ таковая, ни въ одномъ изъ этихъ отношеній къ государству состоять не можетъ. Территоріальное верховенство должно имѣть другое содержаніе, чѣмъ только что анализированныя понятія. Территорія не можетъ быть ни частной собственностью, ни domaine public, ни domaine privé de l'État, иначе она перестала бы быть территоріей, т. е. самодовлѣющимъ понятіемъ, а мыслилась бы какъ совокупность земельныхъ участковъ. Отсюда слѣдуетъ, что если у государства есть какое-либо право на территорію, то это право должно отличаться, при общности родовыхъ признаковъ, видовымъ различіемъ отъ частно- или публично-правовой собственности. Въ видахъ терминологическаго удобства мы въ дальнѣйшемъ изложеніи будемъ называть его *собственностью второго порядка.*

§ 48. До сихъ поръ мы говорили о государствѣ an und für sich, не заботясь объ его отношеніи къ другимъ государствамъ, членамъ международнаго общенія. Между тѣмъ государства постоянно приходятъ въ соприкосновеніе какъ разъ изъ-за интересовъ, такъ или иначе связанныхъ съ обладаніемъ территоріей и съ властвованіемъ въ ея предѣлахъ. Въ какихъ случаяхъ содержаніемъ отношенія будетъ терри-

---

¹) Такъ, напр., Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 360, отрицаетъ возможность конструировать понятіе «öffentliches Sachenrecht». Мнѣнія своего онъ, однако, не мотивируетъ. Ср. Mayer, loc. cit., II, S. 35, а также, Tezner, Die Civilrechtstitel im öffentlichen Recht, въ Archiv für öffentliches Recht, 1894, S. 376 ff.

торіальное верховенство какъ таковое — въ отличіе отъ территоріи какъ совокупность вещей? Для того, чтобы отвѣтить на этотъ вопросъ, мы должны выяснить, какія отношенія вообще нормируются международнымъ правомъ.

Съ точки зрѣнія наиболѣе распространенной теоріи, всѣ (юридическія) отношенія между государствами подпадаютъ подъ дѣйствіе международнаго права. При господствѣ цивилистическаго направленія въ нашей дисциплинѣ, подобное разрѣшеніе вопроса было не только вполнѣ понятно, но прямо-таки необходимо. На самомъ дѣлѣ, отношенія между людьми (если отвлечься отъ публично-правового положенія личности и отношенія ея къ государству) регулируются нормами того же порядка; междулюдскія отношенія подчиняются частному праву, которое мыслится какъ совокупность нормъ, могущихъ имѣть самостоятельное бытіе независимо отъ государства. Если же отожествлять международныя отношенія съ междулюдскими, то очевидно, что они могутъ регулироваться лишь однимъ комплексомъ нормъ. Стоитъ, однако, бросить взглядъ на дѣйствительную жизнь и на практику международнаго оборота, чтобы убѣдиться въ ложности этой теоріи.

Нѣтъ сомнѣнія, что когда одно государство покупаетъ въ предѣлахъ другого какой-нибудь участокъ земли или вообще ту или иную недвижимость, мы имѣемъ дѣло съ явленіемъ, уже prima facie существенно разнящимся отъ того случая, когда государство пріобрѣтаетъ надъ какою-либо областью территоріальное верховенство. Въ первомъ случаѣ, государство выступаетъ въ роли субъекта имущественно-вещныхъ правомочій; во второмъ — въ качествѣ политическаго союза, осуществляющаго верховныя права. Такимъ образомъ, какъ видно изъ этого примѣра, не всѣ междугосударственныя отношенія относятся къ одному и тому же типу. Между ними можно отмѣтить двѣ группы, весьма различныя по содержанію. Спрашивается теперь, примѣнимы ли

къ обѣимъ нормы международнаго права и, въ отрицательномъ случаѣ, къ которой изъ нихъ?

Въ настоящее время субъектами международнаго права считаются государства — и только государства. Это своего рода юридическая аксіома [1]). Стало быть, разъ налицо имѣется международно-правовое отношеніе, то оба полюса его — субъектъ права и субъектъ обязанности — суть независящія другъ отъ друга государства. Какъ только исчезаетъ это условіе, отношеніе теряетъ свой характеръ и превращается въ внутренне-правовое.

Однако, можетъ возникнуть сомнѣніе: мыслимы ли, вообще говоря, междугосударственныя отношенія, зиждящіяся на началѣ подчиненія? На этотъ вопросъ слѣдуетъ дать безусловно утвердительный отвѣтъ [2]).

Государство, какъ мы выше указали, исполняетъ двоякаго рода юридическія функціи. Прежде всего, оно властвуетъ, осуществляя державныя, суверенныя права; принужденіе монополизировано въ его пользу, воля его выражается въ формѣ закона, указа, распоряженія и т. д. Во-вторыхъ, государство проявляетъ себя и въ качествѣ субъекта имущественнаго права (domaine public et privé de

---

[1]) Это составляетъ теперь communis opinio. За самое послѣднее время, однако, стали появляться диссиденты, отрицающіе правильность этого воззрѣнія. Такъ недавно Kaufmann'омъ, Die Rechtskraft des internat. Rechts, 1899, сдѣлана была попытка доказать, что и частныя лица и государственныя учрежденія обладаютъ характеромъ международно-правовыхъ субъектовъ. Точно также и проф. Казанскій, Введеніе въ курсъ междун. права, 1901, признаетъ субъектами междун. права государства, частныхъ лицъ и международныя общества. Ср. Westlake, Études sur les principes du droit international, 1895, p. 2; Fiore, Le droit international codifié, trad. par Chrétien, 1890, art. 30—36. Намъ нѣтъ возможности разсмотрѣть здѣсь это ученіе. Ограничимся замѣчаніемъ, что совершенно непонятно, какимъ образомъ при подобныхъ конструкціяхъ право внѣшнее отличается отъ внутренняго. Ср. мои рецензіи на книгу Кауфмана, въ «Вѣстникѣ Права», январь 1900 г., и на книгу Казанскаго, въ «Журн. Мин. Юстиціи», мартъ 1901.

[2]) Ср. мою статью «Международно-правовое отношеніе» въ «Вѣстникѣ Права», октябрь 1900 г., стр. 35.

l'État). Для конструкціи понятія международно-правового отношенія это различіе имѣетъ капитальное значеніе.

На самомъ дѣлѣ, нормами международнаго права могутъ регулироваться лишь тѣ отношенія между самостоятельными политическими организмами, которыя имѣютъ своимъ содержаніемъ упражненіе права власти, Hoheitsrechte по нѣмецкой терминологіи. Лишь тогда, когда оба субъекта проявляютъ себя въ качествѣ лицъ повелѣвающихъ, облеченныхъ правами верховенства, можно говорить о международной обязанности и международномъ притязаніи.

Всякая норма международнаго права мыслится какъ правило, стоящее надъ двумя или нѣсколькими субъектами и предполагающее ихъ полное равенство, ихъ полную несоподчиненность. Между тѣмъ, равенство и неподчиненность возможны только тогда, когда рѣчь идетъ объ осуществленіи суверенныхъ правъ. Какъ только дѣло доходитъ до имущественныхъ притязаній и, стало быть, на сцену выступаетъ фискъ — состояніе равенства нарушается. Поэтому никакое отношеніе между государствомъ-фискомъ и государствомъ-носителемъ imperii не можетъ мыслиться какъ отношеніе между несоподчиненными субъектами, точно также какъ и отношеніе между государствомъ и частнымъ лицомъ. И въ томъ и въ другомъ случаѣ нормами поведенія должны быть правила иного порядка, чѣмъ международно-правовыя. Но таковыми могутъ быть только постановленія внутренняго права.

Въ литературѣ различіе между обѣими разновидностями междугосударственныхъ отношеній сознается весьма смутно, а чаще всего и вовсе игнорируется. Такъ, напр., Laurent, патетически восклицаетъ: „il serait absurde, que la Belgique put acquérir une province par un traité et que l'État belge ne put acquérir à Paris un hôtel pour son ambassadeur! [1])“. И Weiss всецѣло подписывается подъ этими словами, на-

[1]) Le droit civil international, t. IV, p. 251.

ходя ихъ весьма краснорѣчивыми [1]). Точно также и Féraud-Giraud, повидимому, полагаетъ, что одно государство можетъ владѣть въ предѣлахъ другого недвижимостью въ качествѣ „personne politique" [2]).

Нѣкоторыя попытки провести надлежащую грань, впрочемъ, имѣются. Такъ, напр., Funck-Brentano и Sorel различаютъ „droit des gens" и „droit des gens public" и подъ первое понятіе подводятъ ту совокупность правъ, которую каждая нація признаетъ за иностранцами, ихъ личностью и имуществомъ [3]). Далѣе, за послѣднее время итальянскимъ ученымъ Cimbali [4]) предложено было выдѣлить частное международное право въ особую дисциплину, включивъ сюда всѣ тѣ нормы, которыя регулируютъ частныя отношенія между государствами; при этомъ, по мнѣнію Чимбали, подобное diritto internazionale privato должно быть строго отличаемо отъ того, что обыкновенно носитъ это названіе, т. е. отъ ученія о коллизіи гражданскихъ законовъ, и, съ другой стороны, ничего общаго не имѣетъ съ diritto intern. publico, которое нормируетъ публично-правовыя отношенія государствъ. Теорія эта была встрѣчена весьма рѣзкой критикой какъ въ Италіи, такъ и въ Германіи. Весьма справедливо было указано на то, что такой системы международныхъ нормъ, для которой Чимбали виндицируетъ особое названіе, не существуетъ вовсе и что тѣ отношенія (частныя), которыя онъ имѣетъ въ виду, подпадаютъ подъ дѣйствіе внутренняго права [5]).

Лишь за самое послѣднее время въ литературѣ замѣ-

---

[1]) A. Weiss. — A. Lainé, Consultations pour le gouvernement royal hellénique sur l'affaire Zappa, 1893, p. IX.

[2]) États et souverains, etc. devant les tribunaux étrangers, 1895, I, p. 51.

[3]) Précis du droit des gens, 1887, p. 24.

[4]) Di una nuova denominazione del cosidetto diritto internazionale privato e dei suoi effetti fondamentali, Roma, 1893.

[5]) См. Kahn, Ueber Inhalt, Natur und Methode des internationalen Privatrechts, 1899, S. 4 ff.

тенъ нѣкоторый поворотъ въ сторону болѣе правильнаго разграниченія обѣихъ сферъ. Такъ, напримѣръ, Еллинекъ въ новѣйшемъ своемъ сочиненіи Allgemeine Staatslehre указываетъ на то, что всѣ международно-правовыя дѣйствія возможны только при посредствѣ imperium [1]).

Опредѣленнѣе и яснѣе формулировка вопроса, даваемая Листомъ: по его мнѣнію въ число существенныхъ признаковъ понятія международно-правового отношенія входитъ осуществленіе „верховныхъ правъ“ [2]).

Къ сожалѣнію, Листъ ограничивается короткимъ опредѣленіемъ и не подвергаетъ вопроса, въ цѣломъ его объемѣ, критическому анализу. Между тѣмъ смѣшеніе обоихъ родовъ отношеній приноситъ величайшій вредъ всей конструкціи международнаго права.

§ 49. Примѣняя, теперь, сказанное до сихъ поръ къ территоріальнымъ международнымъ отношеніямъ, мы должны прійти къ выводу, что эти отношенія подчиняются нормамъ международнаго права только тогда, когда рѣчь идетъ о территоріи какъ таковой, но не о территоріи какъ совокупность вещей, участковъ земли. Въ тѣхъ же случаяхъ, когда одно государство входитъ, въ предѣлахъ другого, въ какія-либо отношенія по поводу той или иной недвижимости, оно, на подобіе частнаго лица, прибѣгаетъ къ формуламъ и титуламъ гражданскаго права и подчиняется дѣйствію внутренняго законодательства государства rei sitae. Послѣднему, въ данномъ случаѣ, предоставлена полная свобода дѣйствій. Оно, напр., можетъ вообще запретить иностраннымъ державамъ владѣть недвижимостями въ его предѣлахъ. Извѣстно, что во многихъ государствахъ иностранцы лишены — въ нѣкоторыхъ районахъ или повсемѣстно — права пріобрѣтать недвижимую собственность. Съ тѣмъ бо̀льшимъ основаніемъ

---

[1]) S. 349: «Alle völkerrechtliche Handlungen sind nämlich nur durch Akte des Imperium möglich».

[2]) Межд. право, стр. 165.

этотъ запретъ можетъ быть распространенъ и на иностранныя правительства. Въ настоящее время, однако, значительное большинство цивилизованныхъ державъ разрѣшаетъ другимъ государствамъ обладать въ ихъ территоріи домами, участками земли [1]) и т. п.; во всякомъ случаѣ весьма немногія законодательства, какъ это выяснилъ анкетъ, произведенный греческимъ правительствомъ по поводу дѣла Цаппы [2]), содержатъ въ себѣ принципіальное запрещеніе. Но какъ бы то ни было, государство-владѣлецъ должно во всемъ томъ, что касается его вещныхъ правомочій, подчиняться lex rei sitae. Лишь подъ этимъ условіемъ территоріальное государство можетъ обезпечить защиту и охрану владѣнія; только тогда оно можетъ дѣйствительно осуществлять свое imperium, которому государство-владѣлецъ, при пріобрѣтеніи недвижимости, явно или безмолвно, подчинилось. И эта подчиненность — субординація, въ противоположность международно-правовой координаціи — особенно рельефно сказывается въ томъ, что противъ государства-собственника можетъ быть вчиненъ въ мѣстныхъ судахъ искъ. Повсюду практика признаетъ, въ данномъ случаѣ, подсудность иностраннаго государства судамъ rei sitae и повсюду, конечно, споръ подлежитъ обсужденію и разрѣшенію на основаніи мѣстныхъ законовъ, а не нормъ международнаго права. Эти положенія находятъ себѣ полное подтвержденіе въ законодательствахъ и судебной практикѣ всѣхъ цивилизованныхъ странъ [3]).

---

[1]) Такъ, напр., правительства обыкновенно являются собственниками тѣхъ дворцовъ, которые занимаютъ ихъ дипломатическіе представители.

[2]) См. рядъ статей въ Journal du droit international privé за 1893 г. Ср. Féraud-Giraud, op. cit., 60 et seq.

[3]) Изъ русской судебной практики вниманія заслуживаетъ дѣло Агаркова (рѣш. гражд. Касс. Деп. за 1893 г. № 47), по которому пришлось высказаться Кассаціонному Сенату. Обстоятельства этого дѣла заключались въ слѣдующемъ. Въ началѣ 80-хъ годовъ итальянское правительство предположило устроить близъ г. Севастополя кладбище для останковъ сардинскихъ солдатъ, павшихъ въ Крымскую войну, и съ этой цѣлью командировало въ Россію маіора Жирардини, который нашелъ подходящее мѣсто въ принадле-

§ 50. Путь для дальнѣйшихъ изысканій нами теперь расчищенъ. Постепенно элиминируя къ дѣлу неотносящіеся элементы, мы добрались до самаго ядра проблемы. Мы видѣли, что рѣчь можетъ идти только объ отношеніи государства какъ властвующаго единства къ территоріи какъ таковою, т. е. къ матеріальному субстрату. При такой постановкѣ вопроса рамки его суживаются, но зато получаютъ

жащемъ почетному гражданину Агаркову имѣніи Чорчунъ. Возникли переговоры объ уступкѣ итальянскому правительству необходимаго участка земли, но эти переговоры не привели къ результату. Между тѣмъ въ 1890 г. Агарковъ предъявилъ въ Симферопольскомъ окружномъ судѣ къ правительству итальянскаго королевства искъ, въ которомъ объяснилъ, что маіоръ Жирардини, не дожидаясь окончанія соглашенія съ нимъ, приступилъ къ устройству кладбища на его землѣ; вслѣдствіе сего Агарковъ просилъ изъять изъ владѣнія отвѣтчика принадлежащую ему землю. Симферопольскій окружный судъ призналъ себя некомпетентнымъ, и Одесская судебная палата утвердила его рѣшеніе. Истцомъ была принесена кассаціонная жалоба, и Сенатъ отмѣнилъ рѣшеніе палаты по цѣлому ряду соображеній, изъ которыхъ для насъ представляютъ интересъ, главнымъ образомъ, слѣдующія: въ сферѣ публичнаго права, говоритъ нашъ кассаціонный судъ, и въ качествѣ суверена или верховной власти каждое правительство можетъ дѣйствовать лишь въ предѣлахъ территоріи своего государства, и право его, какъ верховной власти, а, слѣдовательно, и право быть изъятымъ отъ гражданской подсудности, не распространяется за эти предѣлы, почему, если иностранное правительство въ территоріи, ему не подвѣдомственной, совершило какія-либо дѣйствія, хотя бы и направленныя къ достиженію своихъ государственныхъ цѣлей, но входящихъ въ столкновеніе съ имущественными правами живущихъ въ этой территоріи частныхъ лицъ, не состоящихъ его подданными, эти частныя лица имѣютъ безспорныя права въ предѣлахъ, указанныхъ въ законахъ ихъ отечества, обращаться къ суду для защиты нарушенныхъ ихъ гражданскихъ правъ и если, по роду допущеннаго нарушенія, искъ, изъ него вытекающій, оказывается подсуднымъ мѣстному суду по закону той страны, гдѣ нарушеніе допущено, судъ не можетъ отказаться отъ принятія этого иска къ своему разсмотрѣнію.

Сенатъ, такимъ образомъ, совершенно правильно установилъ тотъ принципъ, что, по поводу земельно-имущественныхъ отношеній, иностранный фискъ подсуденъ мѣстнымъ судамъ.

Ср. принятый Институтомъ международнаго права на Гамбургской сессіи 1891 г. Projet de règlement international sur la compétence des tribunaux dans les procès contre les états, souverains ou chef d'états étrangers, art. II, § 1er: «Les seules actions recevables contre un état étranger sont les actions réelles y compris les actions possessoires, se rapportant à une chose, immeuble ou meuble...» Ср. также v. Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, II, S. 673.

и болѣе опредѣленное очертаніе. Вмѣстѣ съ тѣмъ, это даетъ намъ возможность отбросить цѣлый рядъ аргументовъ, которые основаны на смѣшеніи точекъ зрѣнія внутренняго и внѣшняго права. Но прежде чѣмъ приступить къ критическому анализу аргументовъ, приводимыхъ pro и contra того или другого пониманія территоріи, намъ необходимо сдѣлать еще одно предварительное замѣчаніе.

Понятіе территоріальнаго верховенства играетъ весьма важную роль какъ въ государственномъ, такъ и въ международномъ правѣ. Тѣмъ не менѣе это понятіе можетъ имѣть только одно содержаніе и *одну* юридическую структуру. Это, однако, не всегда ясно сознается въ литературѣ. Такъ, напр., Розинъ [1]), присоединяясь къ воззрѣнію Фрикера, Г. Мейера и др., признаетъ, что съ точки зрѣнія внутренняго права территорія не является объектомъ властвованія и что о понятіи публично-вещнаго права въ смыслѣ „einer exclusiven Sachbeherrschung" не можетъ быть и рѣчи. Но, продолжаетъ онъ, иное дѣло въ международномъ правѣ; здѣсь вещная конструкція территоріальнаго верховенства вполнѣ мыслима и даже необходима. Точно также и Цительманъ, который, какъ мы выше видѣли, стоитъ за двойственную природу территоріи, находитъ, что характеромъ вещи, объектомъ, она обладаетъ только въ международномъ правѣ [2]).

Подобное раздробленіе понятія, по существу своему единаго, должно быть признано въ корень ошибочнымъ. По совершенно справедливому замѣчанію Прейсса [3]), когда тому же самому юридическому отношенію придаютъ одну структуру въ государственномъ правѣ, а другую въ международномъ, то одно это уже служитъ признакомъ ошибочной

---

[1]) Das Recht der öffentlichen Genossenschaft, 1886, S. 46 ff.

[2]) «... ist die Gebietshoheit im diesem zweiten Sinne rein völkerrechtlich. sie hat keine staatsrechtliche Seite», Internat. Privatrecht, I, S. 93.

[3]) Gemeinde, Staat, Reich, etc., S. 274.

конструкціи. Не безъ основанія этотъ авторъ напоминаетъ о бывшихъ прежде въ большомъ ходу двуглавыхъ теоріяхъ суверенитета и государственныхъ договоровъ и приводитъ замѣчаніе Зейделя о томъ, что всякая вещь, съ какой бы стороны мы на нее ни смотрѣли, остается все той же: ибо различіе въ усмотрѣнномъ лежитъ не въ ней, а въ томъ, который смотритъ [1]).

На самомъ дѣлѣ, международное право беретъ государство такъ, какъ оно существуетъ въ дѣйствительности, и оперируетъ надъ тѣмъ понятіемъ, которое создаетъ внутреннее право. Мы этимъ не хотимъ сказать, чтобы у международнаго права не было собственнаго, самостоятельнаго содержанія: такое мнѣніе было бы очевидною нелѣпостью. Но тѣ понятія и отправныя точки, которыя общи для обѣихъ дисциплинъ, должны быть равнозначущи и покрывать другъ друга.

Государство мыслится и безъ общенія съ другими; отъ того, приходится ли ему сталкиваться съ другими политическими организмами или нѣтъ, юридическая природа его не мѣняется. Поэтому участіе его въ международномъ оборотѣ не можетъ создать для него какъ таковаго (внѣ его отношеній къ другимъ государствамъ) никакихъ правъ и обязанностей и не способно измѣнить или придать ему ту или другую окраску.

II. Критика теоріи публичнаго вещнаго права государства на территорію.

§ 51. До сихъ поръ мы, главнымъ образомъ, стремились къ возможно полному и яркому изображенію господствующихъ въ литературѣ направленій и къ правильной постановкѣ самаго вопроса о юридической природѣ территоріаль-

---

[1]) Der Bundesstaatsbegriff въ Zeitschrift f. die ges. Staatswiss., B. 25, S. 205.

наго верховенства. Теперь намъ предстоитъ критически разсмотрѣть и оцѣнить тѣ два воззрѣнія, между которыми колеблется научная мысль.

Господствующая теорія, какъ мы видѣли, конструируетъ территорію какъ объектъ публично-вещнаго права государства, при чемъ въ этомъ правѣ усматриваетъ нѣчто отличное отъ частной собственности.

Доказательство этого положенія требовало бы установленія двухъ вещей: во-первыхъ, что признаки понятія территоріальнаго верховенства совпадаютъ съ признаками собственности и, во-вторыхъ, что собственность второго порядка характеризуется такимъ специфическимъ отличіемъ, которое отсутствуетъ въ частной собственности. Въ литературѣ, однако, сколько-нибудь принципіальное изслѣдованіе этихъ вопросовъ отсутствуетъ вовсе, и аргументація сторонниковъ разсматриваемаго ученія не идетъ дальше извѣстныхъ аналогій и сближеній между болѣе или менѣе сходными признаками.

На самомъ дѣлѣ, доказательство тожественности обоихъ правовыхъ явленій усматриваютъ въ томъ, что территоріальное верховенство есть право абсолютное, заключающееся въ правовой возможности отстранять всякую другую державу отъ упражненія власти въ предѣлахъ государства[1]). Нѣтъ сомнѣнія,

---

[1]) См. Bornhak, Allg. Staatslehre, S. 71: So ist auch die Gebietshoheit des Staates ein ausschliessliches Recht. Sie verhindert jede andere Staatsgewalt an der Bethätigung der Herrschaft innerhalb des Gebietes, etc. Laband, Staatsrecht, I, § 21: aber während das Herrschaftsrecht über die Unterthanen eine Analogie findet an den Familienrechtlichen Gewaltverhältnissen, theilt das Recht des Staates am Territorium mit dem Privatrechtlichen Eigenthum das begriffliche Merkmal der ausschliesslichen und totalen Herrschaft über eine körperliche Sache. Halleck, Intern. Law., ch. VI, § 6: as a general rule, the property of a state ... is marked by the same characteristics relatively to other states, as the property of individuals relatively to other individuals, that is to say, it is exclusive of foreign interference and susceptible of free disposition. Ortolan, loc. cit., 301; Heilborn, System, S. 134. Ссылки можно было бы умножить ad libitum, такъ какъ приведенная аргументація встрѣчается у всѣхъ адептовъ классическаго направленія.

что въ данныхъ предѣлахъ можетъ властвовать только одна держава и что властвованію ея никто воспрепятствовать — законнымъ путемъ — не можетъ. Право на власть, упражненіе imperium'а, мыслится въ качествѣ притязанія, направленнаго противъ всѣхъ другихъ государствъ. Другими словами, оно есть абсолютное jus contra omnes, также какъ и право собственности и всякое вообще вещное право.

Это разсужденіе, однако, обладало бы доказательною силою только въ томъ случаѣ, если бы понятія абсолютнаго и вещнаго права были равнозначущи. На самомъ же дѣлѣ это далеко не такъ. Абсолютное право противуполагается относительному, при коемъ притязаніе всегда направлено противъ опредѣленнаго лица или опредѣленныхъ лицъ [1]). Сущность же абсолютнаго права заключается въ томъ, что притязаніе при немъ обращено ко всѣмъ людямъ или, вообще, субъектамъ правъ. Но подобнаго рода притязаніе можетъ принадлежать не только субъекту частнаго, но и публичнаго права; оно можетъ служить характерной чертой и такого права, которое ничего общаго не имѣетъ съ имущественнымъ и вещнымъ. Такъ, не говоря уже о многихъ отрасляхъ семейнаго права, въ особенности древняго (стоитъ вспомнить о безграничномъ произволѣ римскаго pater familias древнѣйшей эпохи), всякій губернаторъ, напр., несомнѣнно имѣетъ абсолютное право (въ установленныхъ закономъ предѣлахъ) на управленіе ввѣренной ему губерніей: въ ней онъ носитель опредѣленнаго комплекса публичныхъ правомочій и можетъ требовать отъ всякаго третьяго лица ненарушенія его компетенціи. Точно также и вся совокупность державныхъ правъ, принадлежащихъ государству, носитъ, по отношенію къ другимъ членамъ международнаго общенія, абсолютный характеръ. Юридически, ни одно государство не можетъ препятствовать другому упражнять свою власть въ

---

[1]) Ср. Merkel, Juristische Encyclopädie, §§ 200—202.

предѣлахъ данной территоріи, и право государства, въ настоящемъ случаѣ, имѣетъ коррелятивомъ обязанность всѣхъ прочихъ воздерживаться отъ такихъ дѣйствій, которыя могли бы воспрепятствовать осуществленію этого права. Притязаніе, стало быть, направлено contra omnes: но изъ этого вовсе еще не слѣдуетъ, чтобы самое право было вещнымъ.

Подобно тому какъ начальникъ губерніи не является держателемъ какихъ-либо вещныхъ правомочій, а облеченъ извѣстной компетенціей въ предѣлахъ подчиненной ему административной единицы, точно также и государство, хотя и обладаетъ абсолютнымъ правомъ на упражненіе власти на данной части земной поверхности, въ силу этого не является еще собственникомъ этой послѣдней [1]). Всѣ послѣдствія исключительности властвованія государства на данной территоріи получаютъ столь же удовлетворительное объясненіе при конструкціи территоріальнаго верховенства какъ властвованіе въ территоріи, въ извѣстныхъ пространственныхъ предѣлахъ, какъ и при томъ пониманіи, которое территорію превращаетъ въ объектъ. Самъ по себѣ, такимъ образомъ, признакъ абсолютности властвованія не даетъ основанія для разрѣшенія вопроса въ томъ или иномъ смыслѣ [2]).

Совершенно такое же значеніе имѣетъ и признакъ полноты господства, который сторонниками разсматриваемой доктрины выставляется въ качествѣ рѣшающаго при отожествленіи собственности и верховенства. Подобно тому какъ собственникъ, въ принципѣ, обладаетъ jus utendi и abutendi

---

[1]) Само собою разумѣется, что государственная власть и власть начальника губерніи или, вообще, какого бы то ни было органа государства не могутъ быть поставлены на одну доску: въ первомъ случаѣ имѣется неограниченное—in thesi—imperium, во второмъ делегированное и подчиненное правомочіе. Но общій признакъ, тѣмъ не менѣе, имѣется, именно абсолютный характеръ притязанія, направленнаго, для государства—противъ всѣхъ участниковъ международнаго общенія, для органа администраціи—противъ всѣхъ другихъ органовъ и лицъ.

[2]) Ср. Fricker, Gebiet, etc., S. (безъ мотивировки) и Harburger, рецензія на книгу Фрикера въ Archiv f. öff. Recht, 1902, S. 155.

принадлежащей ему вещью, государство, говорятъ, въ правѣ распоряжаться своей территоріей по своему усмотрѣнію, не зная для своей воли никакихъ границъ, кромѣ имъ же самимъ установленныхъ [1]).

Съ формальной точки зрѣнія, аналогія представляется вполнѣ правильной. Полнота властвованія характеризуетъ одинаково какъ собственность, такъ и территоріальное верховенство. Но, тогда какъ при dominium господство направлено на матеріальный объектъ, на вещь, imperium можетъ себя проявлять и безъ такого объекта, а въ предѣлахъ территоріи. Государство полновластно, оно безконтрольно можетъ упражнять свои державныя права, но изъ этого вовсе не вытекаетъ, чтобы та часть земной поверхности, гдѣ это происходитъ, была предметомъ какихъ-либо вещныхъ притязаній съ его стороны. Признакъ „полноты" власти одинаково приложимъ какъ къ территоріи—объектъ, такъ и къ территоріи — границы господства.

Такимъ образомъ, совпаденіе указанныхъ признаковъ („абсолютность" и „полнота" власти) еще не оправдываетъ отожествленія обоихъ понятій — собственности и территоріальнаго верховенства. Въ юридической наукѣ, однако, подобныя попытки перенести традиціонныя, кристаллизовавшіяся категоріи изъ одной области въ другую составляютъ заурядное явленіе [2]). Можно было бы указать на десятки такихъ явленій, которыя первоначально занесены были въ категорію собственности, а затѣмъ вызвали въ жизнь самостоятельныя конструкціи. Для примѣра упомянемъ объ авторскомъ и патентномъ правѣ, которое и понынѣ многими продолжаетъ считаться имущественно-вещнымъ [3]).

[1]) Ср. цитаты, приведенныя на стр. 160, прим.

[2]) Въ новѣйшее время предложено даже видѣть въ этомъ особый законъ «конструкціонной экономіи», см. А. Пиленко, Право изобрѣтателя, II, 1903, стр. 274 и слѣд.

[3]) См. уничтожающую критику этого направленія у А. Пиленко, loc. cit.

Аналогія, однако, способная дать полезные результаты въ области толкованія права, при конструкціи крайне опасное и коварное орудіе; благодаря ей могутъ затемняться существенные моменты изслѣдуемаго понятія, что, въ свою очередь, ведетъ къ поспѣшнымъ и логически несостоятельнымъ выводамъ. Таковымъ, между прочимъ, долженъ быть признанъ результатъ отожествленія собственности и территоріальнаго верховенства.

§ 52. Ни исключительный характеръ власти, ни полнота господства [1]), такимъ образомъ, не составляютъ еще, сами по себѣ, собственности; для наличности этой послѣдней необходимо, чтобы господство лица имѣло своимъ предметомъ конкретную часть матеріальнаго міра — вещь. Самое же господство должно заключаться въ пользованіи, употребленіи вещи, извлеченіи изъ нея плодовъ и т. п. Другими словами, вещь имѣетъ хозяйственную функцію въ междулюдскомъ оборотѣ, она составляетъ экономическое благо [2]), удовлетворяющее потребностямъ людей. Въ этомъ заключается смыслъ признака пользованія, распоряженія, который присущъ всѣмъ опредѣленіямъ собственности, хотя и не всегда прямо высказывается [3]). Формальные критеріи существенны для разграниченія ея отъ другихъ вещныхъ правъ,

---

[1]) Логическая состоятельность этого второго признака подвергнута въ новѣйшей литературѣ сильному сомнѣнію, см. Leo Graf Piñinski, Begriff und Grenzen des Eigenthumsrechts nach römischen Recht, 1902, S. 1 ff.

[2]) Piñinski, loc. cit., 14, опредѣляетъ право собственности въ субъективномъ смыслѣ какъ „die durch Rechtsvorschriften einer Person gesicherte Möglichkeit, sich eine Sache ausschliesslich wirtschaftlich nutzbar zu machen“. При этомъ терминъ „wirtschaftlich“ понимается имъ не въ узкомъ смыслѣ матеріальной полезности, а въ широкомъ, охватывающемъ и духовныя потребности человѣка.

[3]) Code civil, art. 544: la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, etc. Прусскій Landrecht (I, 8, 61) употребляетъ выраженіе „über die Substanz einer Sache zu verfügen“, Германское уложеніе (§ 903) „nach Belieben verfahren“. Всѣ эти термины по существу однозначущи—они предусматриваютъ, само собою разумѣется, не право повелѣвать, а именно возможность пользоваться вещью, какъ экономическимъ благомъ.

но не исчерпываютъ самого института. Опредѣленное очертаніе этотъ послѣдній получаетъ тогда, когда ясно установлены роль и функція вещи въ цивильномъ оборотѣ. Выясненіе этой функціи, въ свою очередь, приводитъ къ тому результату, что именно здѣсь и лежитъ громадное принципіальное различіе между территоріальнымъ верховенствомъ и вещнымъ правомъ.

Какъ мы уже выше видѣли (стр. 125), впервые вниманіе на функціональную разницу между вещью и территоріею обращено было Фрикеромъ, положившимъ именно эту разницу въ основу своей конструкціи территоріальнаго верховенства. Глубокія и продуманныя замѣчанія германскаго ученаго, однако, оказали, сравнительно, мало вліянія на послѣдующее развитіе вопроса. И послѣ, какъ и до появленія брошюры Фрикера, публицисты продолжаютъ отожествлять матеріальный субстратъ государства съ объектомъ обладанія, не давая себѣ даже труда взглянуть на дѣло съ той новой точки зрѣнія, которая предлагалась Тюбингенскимъ профессоромъ.

Впрочемъ, въ новѣйшей литературѣ мы встрѣчаемся съ попыткой опровергнуть Фрикеровскую теорію функціональнаго различія между вещью и территоріею. Принадлежитъ она Гейльборну [1]). Геніально,—замѣчаетъ нѣсколько иронически этотъ авторъ, — проводимое Фрикеромъ сравненіе между функціей, которую имѣетъ вещь для собственника, и той, которая присуща территоріи по отношенію къ государству. Добытые этимъ путемъ результаты были бы, пожалуй, неопровержимы, если бы правовѣдѣніе составляло часть естественныхъ наукъ. Но такъ какъ это на самомъ дѣлѣ не такъ, то методъ Фрикера вызываетъ большія сомнѣнія. Не механически дѣйствующія силы природы порождаютъ право, сообразно своимъ ненарушимымъ законамъ — нѣтъ, право есть продуктъ человѣческаго духа и какъ таковой

---

[1]) System des Völkerrechts, S. 7 ff.

подчинено только законамъ мышленія. Эту старую истину, по мнѣнію Гейльборна, и забылъ Фрикеръ, аргументирующій слѣдующимъ образомъ: естественная функція вещи для человѣка есть А; естественная функція территоріи для государства не есть А; слѣдовательно, отношеніе государства къ другому государству, касательно территоріи, иное, чѣмъ отношеніе между людьми по поводу вещи. Этотъ выводъ, однако, не неизбѣженъ, такъ какъ человѣческій разумъ образуетъ и порождаетъ право безъ соотвѣтствія съ естественными функціями вещей; съ ними право и юристъ ничего общаго не имѣютъ.

Не трудно убѣдиться, что приведенныя разсужденія Гейльборна столь же безсодержательны, сколь мало убѣдительны [1]). Въ томъ, что юридическія нормы не совпадаютъ съ законами природы, не сомнѣвается ни одинъ юристъ: это своего рода труизмъ, который онъ твердо усвоилъ еще на школьной скамьѣ. Точно также безспорно и то, что право есть совокупность нормъ этическихъ (largo sensu). Но изъ этого еще вовсе не слѣдуетъ, чтобы правовыя нормы могли не считаться съ существующимъ порядкомъ вещей; трудно себѣ представить, чтобы человѣческій умъ, въ качествѣ правотворящаго фактора, могъ установить такія правила, которыя отрицали бы законъ тяготѣнія или явленіе эндосмоса и экзосмоса и т. п. Всякое право разумно, въ томъ смыслѣ, что оно не противорѣчитъ установленной міровой экономіи, а напротивъ ей подчиняется и ею же предопредѣляется. Лишь безумному властителю могло прійти въ голову подвергнуть наказанію бушующія волны Геллеспонта!

Впрочемъ, на той же страницѣ, гдѣ помѣщены вышеприведенныя разсужденія, Гейльборнъ самъ себя опровергаетъ. Фрикеръ, говоритъ онъ, сравниваетъ несоизмѣримыя величины, а именно территоріальное верховенство и отно-

---

[1]) См. полный юмора и уничтожающій отвѣтъ Фрикера, Gebiet, etc., S. 30 ff.

шеніе человѣка къ вещи. Но изъ этого какъ разъ и исходитъ теорія функціональнаго различія Тюбингенскаго профессора: съ точки зрѣнія этого послѣдняго между обоими понятіями лежитъ громадная пропасть, и другъ друга они поэтому не покрываютъ. „Несоизмѣримость" и есть то, что стремится доказать Фрикеръ.

Любопытно, что въ дальнѣйшемъ изложеніи Гейльборнъ, забывая сказанное имъ раньше о несоизмѣримости обоихъ понятій, утверждаетъ, что и территорія, будучи объектомъ власти, доставляетъ государству „Genuss",—другими словами, что она играетъ роль вещи. Это бываетъ въ томъ случаѣ, когда государство ведетъ хозяйство, пользуется территоріей для защиты и т. п. [1]).

Такимъ образомъ несоизмѣримое оказывается соизмѣримымъ — но отъ этого дѣло впередъ не подвигается ни на шагъ. Рѣчь идетъ о томъ, можетъ ли территорія какъ таковая играть роль вещи или нѣтъ; и голословное утвержденіе Гейльборна конечно не разрѣшаетъ этого вопроса ни въ ту ни въ другую сторону.

Мы остановились на взглядахъ Гейльборна потому, что они представляютъ изъ себя единственную сколько-нибудь серьезную попытку опровергнуть теорію Фрикера о функціональномъ различіи между вещью и территоріею. И это попытка, какъ мы могли убѣдиться, оказалась весьма мало успѣшной.

Такимъ образомъ, можно считать безспорнымъ, что роль и значеніе территоріи въ правовомъ оборотѣ принципіально

---

[1]) Loc. cit., 34: „Das Gebiet kann dem Staate in mancher Hinsicht Genuss gewähren, indem er es bewirtschaftet, zur Verteidigung benutzt u. s. w. Immer aber dient es ihm zur Entfaltung staatlichen Lebens, zu seinem eigenen Leben. Dazu gebraucht er es unentbehrlich. Dieser Sachgenuss ist vielleicht nur ein mittelbarer; aber was thut das? Ein Schlüssel gewährt dem Eigenthümer auch nur mittelbaren Sachgenuss; denn er dient lediglich zum Verschluss anderer Gegenstände". Примѣръ ключа, само собою разумѣется, крайне мало убѣдителенъ и скорѣе похожъ на каламбуръ.

отличаются отъ функцій вещей. Но если это такъ, то и территоріальное верховенство не можетъ совпадать съ собственностью. Quod erat demonstrandum.

§ 53. Однимъ изъ представителей классической доктрины (а именно Гейльборномъ) за послѣднее время выставлено было и другое ея обоснованіе, исходящее изъ самаго понятія вещнаго права. Такъ какъ эта точка зрѣнія основана на глубокомъ анализѣ первооcновъ ученія о правѣ, то мы позволимъ себѣ нѣсколько внимательнѣе ее разобрать.

Вплоть до новѣйшаго времени всѣ юристы усматривали сущность вещнаго права въ непосредственности господства лица надъ вещью, при чемъ подъ правоотношеніемъ вообще подразумѣвали извѣстную юридическую связь между двумя (или нѣсколькими) субъектами *или* между субъектомъ и вещью. Однако, уже Савиньи, отвергая возможность отношенія между человѣкомъ и вещью, подъ понятіе Rechtsverhältniss подводитъ только регулируемыя правомъ отношенія между людьми [1]). Эта точка зрѣнія, съ теченіемъ времени, стала получать все бóльшее и бóльшее распространеніе въ наукѣ и, наконецъ, Thon'омъ была положена въ основу всего ученія о субъективныхъ правахъ [2]). Для Тона, равно какъ и для цѣлаго ряда писателей, принявшихъ его теорію, какъ, напр., Bierling [3]), Fuchs [4]), Oertmann [5]) и др., существо вещности заключается въ абсолютности защиты, но отнюдь не въ непосредственности обладанія вещью. Элементъ пользованія, „Genuss", вовсе исключается изъ состава понятія, и право тогда можетъ претендовать на предикатъ вещное, когда оно направлено противъ всѣхъ и каж-

---

[1]) System des heut. röm. Rechts, I, S. 333.
[2]) Rechtsnorm u. subjectives Recht, 1878, S. ff.
[3]) Kritik der juristischen Grundbegriffe II, 1883, S. 176 ff.
[4]) Das Wesen der Dinglichkeit, 1889.
[5]) Der Dinglichkeitsbegriff, въ Jahrbücher f. die Dogmatik des heut. röm Privatrechts, XXXI, 1892, S. 415 ff.

даго [1]). При такой постановкѣ вопроса оказывается возможнымъ—по крайней мѣрѣ по мнѣнію Гейльборна—говорить о правѣ государства на свою территорію. Всякое государство обладаетъ несомнѣннымъ правомъ не допускать другихъ до пользованія территоріей — это jus contra omnes, а стало быть и jus in rem [2]).

Намъ, конечно, нѣтъ никакой возможности заняться подробнымъ разборомъ изложенной теоріи вещности—далеко еще, впрочемъ, не получившей окончательной формулировки и встрѣчающей все возрастающую оппозицію въ литературѣ [3]). Предположимъ, что эта теорія вѣрна:—тѣмъ не менѣе изъ нея едва ли можно вывести какія-нибудь послѣдствія относительно вещнаго характера территоріальнаго верховенства.

Дѣло въ томъ, что полное отожествленіе понятій абсолютнаго и вещнаго права ведетъ, строго говоря, къ упраздненію этой послѣдней категоріи. Абсолютной защитой обладаютъ не только собственность, владѣніе и т. п., но и многія

---

[1]) Самъ Thon, какъ извѣстно, не усматриваетъ въ притязаніи какъ таковомъ существеннаго признака права; для него все право есть „eine Anwartschaft auf Ansprüche", „ожиданіе притязаній"; вещностью право обладаетъ тогда, когда эта Anwartschaft направлена противъ всѣхъ. Критику этого воззрѣнія, признающаго наличность права только въ тотъ моментъ, когда оно нарушено, см. у Bierling'а, Kritik, II, S. 182 ff. Для прочихъ сторонниковъ новаго направленія вещность конструируется уже не какъ Anwartschaft, а какъ наличность правовыхъ притязаній. Подробное изложеніе мнѣній отдѣльныхъ ученыхъ см. у Oertmann'а, loc. cit.

[2]) Loc. cit 34: Der Sachgenuss macht niemals den Inhalt des Rechts aus. Mein Recht übe ich nicht aus, indem ich mein Haus bewohne, sondern indem ich anderen den Zutritt untersage, Beschädigungen verbiete, desshalb ist es nicht angängig, die Gebietshoheit als Recht des Staates zur Herrschaft im Gebiete zu erklären. Die letztere wird ihm nur durch das Recht ermöglicht, ist der Zweck desselben. Die völkerrechtliche Gebietshoheit ist das Recht der Ausschliessung jeder fremden staatlichen Benutzung des Gebietes.

[3]) Противниками ея, изъ новѣйшихъ, заявили себя Dernburg, Pandekten, 4 Auf. I, 22; Регельсбергеръ, Общее ученіе о правѣ, 1897 стр. 236; Ю. Гамбаровъ, s. v. „Вещное право" въ Словарѣ госуд. и юрид. наукъ; Jellinek, Allg. Staatslehre, S. 359. Anm. 2; Kohler, Einführung in die Rechtswissenschaft, 1901, § 22, и мн. др.

семейныя права (въ особенности въ прежнее время), многія публичныя правомочія и т. п. Пришлось бы поставить на одну доску право patris familiae и полномочія хозяина вещи, что, конечно, не означало бы прогресса въ юридическомъ анализѣ [1]). Поэтому большинство защитниковъ новой теоріи, признавая, что абсолютное право есть понятіе родовое, стараются найти то видовое отличіе, которымъ характеризуется вещное право. Такъ, Тонъ это отличіе усматриваетъ въ томъ, что правопорядкомъ установленъ общій запретъ въ пользу управомоченнаго, при чемъ этотъ запретъ направленъ противъ того или другого способа пользованія вещью [2]). Для Эртмана противуположеніе вещныхъ и личныхъ правъ основано на объемѣ тѣхъ и другихъ правомочій, не касаясь ихъ содержанія. Если же, говоритъ онъ, обратить вниманіе именно на содержаніе права, то станетъ ясно, почему необходимо выдѣлить вещныя права изъ общей группы абсолютныхъ: у нихъ не только общая правовая цѣль — пользованіе (Sachgenuss)—но и правовое содержаніе, а именно вещное всегда и исключительно направлено на воздержаніе отъ того или другого квалифицированнаго воздѣйствія на какое-либо матеріальное благо — вещь [3]).

Такимъ образомъ и новѣйшая теорія не въ состояніи обойтись безъ понятія вещи. Какъ бы мы ни конструировали jus in rem — какъ непосредственное держаніе вещи, воздѣйствіе на нее, или же какъ притязаніе, направленное противъ всѣхъ и каждаго, какъ бы мы ни представляли себѣ

[1]) Къ такому выводу дѣйствительно и приходятъ нѣкоторые изъ сторонниковъ новаго направленія, см. Oertmann, loc. cit., 462; ср. Bierling, Kritik, II, S. 177.

[2]) Rechtsnorm, etc., S. 173: dieser Begriff (i. e. des dinglichen Rechts) beruht darauf, dass ein allgemeines Verbot zu Gunsten des Berechtigten ergeht — dass mithin das dingliche Recht ein absolutes Recht ist — und dass sich dies Verbot gegen den so oder so gearteten Genuss einer Sache richtet.

[3]) Loc. cit., 463: der dingliche Anspruch erheischt stets und ausschliesslich die Unterlassung eines so oder so qualifizirten Einwirkens auf irgend ein körperliches Gut.

правовое отношеніе—какъ связь только между людьми или также какъ связь между человѣкомъ и предметами окружающаго міра—вещныя права такъ или иначе всегда будутъ имѣть своимъ предположеніемъ самую вещь какъ таковую. Если все право вообще нормируетъ только отношенія между людьми, то вещное право распространяется на эти отношенія поскольку они касаются вещей; если вещное притязаніе есть требованіе, обращенное ко всѣмъ участникамъ гражданскаго оборота, то оно во всякомъ случаѣ ограждаетъ пользованіе вещью, возникаетъ по поводу вещи. Вещь, при всѣхъ конструктивныхъ комбинаціяхъ, является фокусомъ, въ которомъ сходятся нити всѣхъ правомочій и всѣхъ обязанностей. Пусть въ понятіе вещнаго права не входитъ „Genuss" предметами внѣшняго міра, пусть всѣ правоотношенія въ конечномъ анализѣ существуютъ только между людьми, вещь, какъ таковая, тѣмъ не менѣе, лежитъ въ основѣ вещнаго права и заполняетъ особымъ, специфическимъ содержаніемъ междулюдскія отношенія. Въ жизненномъ оборотѣ вещь имѣетъ свою опредѣленную хозяйственную функцію — эту функцію не должна игнорировать и сокровищница юридическихъ понятій.

На этомъ основаніи и территорія, какъ составная часть понятія государства, не можетъ играть роль вещи, а территоріальное верховенство не можетъ конструироваться какъ jus in rem.

§ 54. Защита теоріи права на территорію можетъ, однако, быть построена на соображеніяхъ, почерпнутыхъ не изъ общей теоріи права, а изъ анализа междугосударственныхъ отношеній. Для многихъ, международное право совпадаетъ, по существу своему, съ частнымъ; государства находятся въ тѣхъ же самыхъ отношеніяхъ между собою, что и люди, а территорія, составляющая предметъ всевозможныхъ сдѣлокъ, вполнѣ послѣдовательно уподобляется вещи, объекту обладанія.

Хотя въ такую рѣзко-откровенную форму изложенное воззрѣніе обыкновенно не выливается, однако, можно съ полной увѣренностью утверждать, что оно и до сихъ поръ является подкладкой большинства системъ международнаго права [1]). И необходимо сознаться, что у него имѣются глубокіе историческіе корни.

На самомъ дѣлѣ, какъ мы выше видѣли [2]), международное право возникло всецѣло на естественно-правовой почвѣ и долгое время мыслилось какъ jus naturae, перенесенное на отношенія между самостоятельными политическими организмами. Съ теченіемъ времени, послѣ того какъ jus gentium выдѣлено было въ особую, самостоятельную дисциплину, оно, формально, сопричислено было къ публичному праву. Но тѣмъ не менѣе цивилистическій духъ остался присущъ большинству конструкцій.

И на самомъ дѣлѣ, перенесеніе цивильныхъ категорій въ область международно-правовыхъ отношеній представляется весьма заманчивымъ. Государства, находясь въ состояніи координаціи, несомнѣнно представляютъ извѣстное сходство съ людьми, въ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ [3]). Неудивительно,

---

[1]) См. v. Bulmerincq, Systematik des Völkerrechts, 1858; его же, Völkerrecht, § 5; гр. Л. Камаровскій, Основные вопросы науки межд. права, 1895, стр. 97 и слѣд.

[2]) См. стр. 128 и слѣд.

[3]) Это уподобленіе междугосударственныхъ отношеній междулюдскимъ имѣетъ глубокое психологическое основаніе. Проявляется оно и въ этической сферѣ, когда рѣчь идетъ о такихъ отношеніяхъ, которыя не подлежатъ оцѣнкѣ съ точки зрѣнія права: житейская мораль переносится на международную политику. Такъ, въ жизни насъ обыкновенно возмущаетъ картина угнетенія слабаго сильнымъ, въ случаѣ единоборства карлика съ великаномъ симпатіи присутствующихъ всегда на сторонѣ перваго. Точно также когда ведется война между сильнымъ и слабымъ государствами, общественное мнѣніе почти всегда беретъ сторону послѣдняго, какъ бы справедливы или цѣлесообразны ни были притязанія его противника, какъ бы печальны, съ точки зрѣнія желательнаго торжества культурныхъ элементовъ, ни были послѣдствія побѣды слабаго государства. Этимъ объясняется то, что во время трансваальской войны весь цивилизованный міръ горой стоялъ за буровъ, забывая, что въ данномъ случаѣ рѣчь шла о борьбѣ полудикаго народа съ однимъ изъ куль-

поэтому, что отожествленіе частнаго и международнаго права находитъ себѣ сторонниковъ и въ настоящее время.

Такъ, напр., Gierke категорически утверждаетъ, что „das gesammte Völkerrecht hat durchaus nur den Character von Privatrecht—ihnen fehlen alle Begriffe, Einrichtungen und Garantien, welche das vorhandensein eines öffentlichen Rechts voraussetzen“ [1]). Аналогичный взглядъ проводится Фрикеромъ [2]), Цахаріэ [3]) и др. Въ новѣйшее время проф. Л. І. Петражицкимъ [4]) сдѣлана была даже попытка принципіально обосновать эту точку зрѣнія, установивъ такой критерій для различенія права частнаго отъ публичнаго, при которомъ международное и гражданское права субсуммируются подъ общимъ родовымъ понятіемъ.

Мы позволимъ себѣ нѣсколько остановиться на воззрѣніяхъ этого ученаго, такъ какъ они представляютъ изъ себя единственный — по крайней мѣрѣ намъ извѣстный — опытъ теоретическаго освѣщенія разсматриваемаго вопроса съ указанной точки зрѣнія.

Современный правовой строй, говоритъ Л. І. Петражицкій, основанъ на совмѣстномъ существованіи и взаимодѣйствіи двухъ системъ правовой нормировки. Нѣкоторыя области жизни нормируются путемъ установленія системы высшихъ и низшихъ, подчиненныхъ и соподчиненныхъ органовъ съ планомѣрнымъ предписаніемъ имъ предмета и направленія дѣятельности, съ единымъ направляющимъ центромъ, единымъ бюджетомъ. Такъ, напр., военное дѣло, продажа питей при монопольной системѣ и т. д. организованы такъ, что здѣсь имѣется единый планъ дѣйствія, система органовъ,

---

турнѣйшихъ государствъ Европы. Картина насилія все собою заслонила, не оставивъ мѣста для другихъ соображеній.

1) Genossenschaftsrecht, I, S. 843.

2) Vom Staatsgebiete, S. 6 („höheres Privatrecht“).

3) Deutsches Staats- und Bundesrecht, I, S. 2.

4) См. Die Lehre vom Einkommen, II, S. 455 ff; „Иски о незаконномъ обогащеніи“ въ „Вѣстникѣ Права“, 1900 г., № 2, стр. 8 и слѣд.

совмѣстная дѣятельность, и общій бюджетъ, между тѣмъ акціонерное право едва ли можетъ быть отнесено къ публичному правопорядку [1]). И наоборотъ, многіе несомнѣнно публицистическіе институты покоятся на децентрализаціи,—сюда относятся, напр., тѣ нормы, которыя регулируютъ такъ наз. административные сервитуты, у насъ—земельныя отношенія крестьянъ и мн. др. Въ частности, международное право съ разсматриваемой точки зрѣнія должно было бы дѣлиться на двѣ большія области: одна обнимала бы отношенія, основанныя на принципѣ полной автономіи государствъ, въ другую входили бы тѣ нормы, которыя регулируютъ (пока еще рудиментарную) организацію международнаго общенія, т. е. организацію международныхъ административныхъ союзовъ. Первая область представляла бы изъ себя частное [2]), вторая—публичное международное право. Но этимъ самымъ междугосударственное право было бы лишено единства и характера самостоятельной юридической дисциплины.

Для насъ международное право, какъ обнимающее систему отношеній, построенныхъ на власти, на imperium, съ формальной точки зрѣнія должно быть отнесено къ праву публичному [3]). Однако, нельзя отрицать того, что матеріальное содержаніе многихъ международныхъ нормъ представляетъ значительное сходство съ постановленіями частнаго права: не даромъ въ трудахъ первоучителей

---

[1]) Нормы акціонернаго права Л. I. Петражицкій, см. Акціонерная Компанія, 1898, стр. 28 и слѣд. (въ особенности прим.), относитъ, вмѣстѣ съ господствующимъ воззрѣніемъ, къ частному праву, но въ этихъ нормахъ онъ усматриваетъ особый характеръ, приближающій ихъ къ публично-правовымъ. Акціонерное право, стало быть, стоитъ на рубежѣ частнаго и публичнаго права — но это, на нашъ взглядъ, едва ли согласуется съ воззрѣніемъ автора, видящаго въ своемъ разграниченіи абсолютный признакъ, при которомъ исключается возможность переходныхъ и сомнительныхъ областей.

[2]) Этотъ терминъ мы употребляемъ здѣсь не въ обычно принятомъ значеніи, т. е. не въ смыслѣ конфликта гражданскихъ законовъ, а въ смыслѣ права децентрализованнаго, противуполагаемаго централизованному, т. е. публичному.

[3]) Ср. интересныя замѣчанія Jellinek'a, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1892. S. 300 ff.

этой дисциплины jus gentium отожествлялось съ естественнымъ правомъ. Но, помимо этого генетическаго обоснованія, сходство, въ данномъ случаѣ, объясняется еще и тѣмъ, что государства, находясь въ состояніи координаціи, вступаютъ между собою въ сдѣлки, по формѣ[1]) аналогичныя тѣмъ, которыя заключаются частными лицами. Это сходство, однако, не можетъ еще предрѣшить юридической конструкціи даннаго правоотношенія и всего менѣе оправдать перенесеніе въ область междугосударственной жизни категорій, цѣликомъ заимствованныхъ изъ сферы гражданскаго оборота. Цивилистическое направленіе, съ которымъ энергично борется въ наши дни новѣйшая школа[2]), возводитъ внѣшнее сходство на степень конструктивнаго принципа и благодаря этому извращаетъ юридическую природу многихъ институтовъ международнаго права. Въ настоящее время jus gentium имѣетъ самостоятельное содержаніе, подлежащее и самостоятельному юридическому анализу; прилаживать его къ гражданскому праву значитъ не отдавать себѣ отчета въ томъ глубокомъ принципіальномъ различіи, которое существуетъ между обѣими правовыми сферами.

Возвращаясь къ вопросу о территоріи, мы должны замѣтить, что уподобленіе ея вещи въ международномъ оборотѣ не было бы необходимо даже въ томъ случаѣ, если бы международное право мыслилось какъ частное право (высшаго порядка). На самомъ дѣлѣ, пусть междугосударственныя отношенія тожественны съ междулюдскими, пусть нормы jus gentium по формѣ и по содержанію совпадаютъ съ нормами juris privati: изъ этого еще не слѣдуетъ, чтобы территорія была объектомъ вещ-

[1]) Но не по содержанію, такъ какъ онѣ своимъ предметомъ имѣютъ всегда упражненіе верховныхъ правъ.

[2]) См. Triepel, op. cit., 28. Этотъ авторъ, однако, идетъ слишкомъ далеко въ своемъ стремленіи отстоять самостоятельность международно-правовыхъ конструкцій, забывая, что есть такія понятія, которыя общи всѣмъ областямъ права. Ср. Jellinek, System, S. 307.

ныхъ правомочій со стороны занимающаго ее государства. Вполнѣ мыслимы отношенія, по типу частно-правовыхъ, между независимыми субъектами, не обладающими вещными правами надъ той частью земной поверхности, которая служитъ ареной ихъ дѣятельности. Сюда подойдутъ, напр., отношенія между различными церквами или различными страховыми обществами, которыя могутъ даже, въ силу соглашенія, „подѣлить" территорію даннаго государства между собою и т. п. Съ другой стороны—на это уже указано было Фрикеромъ [1]),—содержаніе международнаго права во всякомъ случаѣ не можетъ вполнѣ сливаться съ содержаніемъ гражданскаго, ибо люди и государства не одно и то же и междулюдскія отношенія не совпадаютъ съ междугосударственными. Поэтому и международная собственность должна была бы чѣмъ-нибудь да отличаться отъ частно-правовой.

Такимъ образомъ изложенная точка зрѣнія сама по себѣ не способна дать ключа къ разрѣшенію задачи. При цивилистической конструкціи международнаго права, также какъ и при публично-правовой, право государства на территорію должно быть доказано. Оно не есть нѣчто данное, лежащее въ существѣ вещей, изъ котораго можно было бы исходить при анализѣ отдѣльныхъ институтовъ. Напротивъ того, это x, который можетъ быть найденъ только въ томъ случаѣ, если точно опредѣлены всѣ прочіе элементы юридическаго уравненія.

§ 55. Намъ необходимо теперь сказать нѣсколько словъ о воззрѣніяхъ тѣхъ авторовъ, которые, признавая право государства на территорію, отвергаютъ, тѣмъ не менѣе, аналогію между собственностью и территоріальнымъ верховенствомъ. Такъ, напр., Grotefend, начинаетъ свое изложеніе ученія о территоріи съ заявленія, что „das Recht der Staatsgewalt an dem Staatsgebiet ist nicht irgend welche

---

[1]) Vom Staatsgebiete. S. 6.

Art oder irgend welcher Grad des Eigenthumsrechtes“ [1]). На той же точкѣ зрѣнія стоитъ и Цительманъ. Заявивъ себя рѣшительнымъ противникомъ непосредственнаго перенесенія цивилистическихъ понятій въ сферу публичнаго права [2]), этотъ авторъ тѣмъ не менѣе признаетъ за государствомъ также и право на свою территорію [3]). Это право, однако, не есть собственность—„insbesondere wäre es absolut falsch, das Recht des Staats an seinem Gebiet als Eigenthum zu denken“ — оно можетъ и должно мыслиться какъ абсолютное право на какой-либо объектъ [4]).

Послѣ тѣхъ замѣчаній, которыя мы сдѣлали выше по поводу понятія „абсолютнаго права“, насъ эти воззрѣнія долго не задержатъ. Признакъ абсолютности можетъ быть присущъ и такимъ правамъ, которыя не заключаютъ въ себѣ элемента вещности. Поэтому центръ тяжести опредѣленій Гротефенда и Цительмана лежитъ въ словѣ *на* (территорію)—другими словами важно не то, что территоріальное право абсолютно, а то, что оно имѣетъ своимъ объектомъ территорію. Спрашивается, однако, каково же содержаніе этого права? Съ собственностью оно не совпадаетъ, стало быть, при общности родового признака, должны быть специфическія видовыя отличія, которыя дифференцировали бы его отъ dominium. Цительманъ разрѣшаетъ вопросъ слѣдующимъ образомъ: право государства на территорію касается исключительно тѣхъ дѣйствій, которыя государство предпринимаетъ какъ таковое; — по отношенію къ другимъ державамъ у государства имѣется право отражать всякое нападеніе: другія государства не только не могутъ препят-

---

[1]) Das deutsche Staatsrecht der Gegenwart, 1869, I, § 319.

[2]) Intern. Privatrecht, I, S. 94: Wir sind soweit wie möglich davon entfernt, hiermit in den endlich mit Glück überwundenen Fehler zurückfallen zu wollen, dass mann privatrechtliche Begriffe, privatrechtliche Konstruktionen, privatrechtliche Sätze auf die Probleme des öffentlichen Rechts einfach übertrug.

[3]) Ср. выше, стр. 141.

[4]) Loc. cit.

ствовать данной державѣ упражнять свои права надъ всѣмъ тѣмъ, что находится въ ея территоріи, или же сами такъ или иначе воздѣйствовать на эту послѣднюю, но они должны это запретить всѣмъ лицамъ, имъ подвластнымъ; разрѣшеніе (посягнуть на чужую территорію) было бы не только юридически недѣйствительно, но и составляло бы нарушеніе именно территоріальнаго верховенства государства.

Дѣло, такимъ образомъ, сводится къ описанію абсолютнаго права: территоріальное верховенство государства есть jus contra omnes быть государствомъ, т. е. властвовать въ данныхъ предѣлахъ и отражать всякое посягательство со стороны [1]). Но здѣсь нѣтъ еще рѣшительно ничего такового, что доказывало бы, такъ сказать „объектный“ характеръ территоріи—что впрочемъ отчасти признается и самимъ Цительманомъ: ясно, говоритъ онъ, что верховенство въ указанномъ смыслѣ, т. е. какъ властвованіе надъ территоріей, съ точки зрѣнія практическаго содержанія будетъ часто совпадать съ властвованіемъ въ территоріи.

Такъ, по мнѣнію этого автора, чужое воздѣйствіе на эту послѣднюю, произведенное *въ* ея предѣлахъ, будетъ посягательствомъ на верховенство въ приведенномъ смыслѣ; наоборотъ, если посягательство исходитъ изъ другого государства, направлено извнѣ на территорію — то налицо имѣется нарушеніе абсолютнаго права на объектъ властвованія.

Поэтому, выстрѣлы, произведенные черезъ границу (стало

---

[1]) Къ тому же, въ сущности, сводится и ученіе Гейльборна, op. cit., 33: Von seinem Gebiete schliesst demnach jeder Staat alle übrigen aus, d. h. er beansprucht Unterlassung jeder Einwirkung auf dasselbe, welche sie nur als Staaten vornehmen könnten... Wohl darf der Staat, wie Gerber sagt, auf dem Gebiete Staat sein; aber das Dürfen bildet nicht den Inhalt seines Rechts, denn es besteht nur darin, dass ihm allein dassjenige nicht verboten ist, was die Rechtsordnung allen anderen untersagt. Dass diese ihm den Anspruch gegen sämmtliche Rechtsgenossen auf Unterlassung jeglicher Einwirkung gewährt, das macht sein Recht aus, *dadurch erhält er ein Recht am Gebiet oder in Bezug auf das Gebiet*. Всѣ эти разсужденія, однако, съ одинаковымъ успѣхомъ примѣнимы и къ праву государства въ территоріи.

быть извнѣ) нарушаютъ право государство *на* территорію, самое же содержаніе права сводится къ притязанію на то, чтобы другія державы не допускали въ своихъ предѣлахъ какихъ-либо посягательствъ по отношенію къ данной территоріи [1]).

Едва ли можно признать эти разсужденія Цительмана особенно ясными и убѣдительными, такъ какъ совершенно непонятно, почему нарушенія правъ государства внутри территоріи отличаются отъ нарушеній извнѣ.

Строго говоря, нарушеніе территоріальнаго верховенства можетъ, вообще, произойти только въ предѣлахъ самого государства; дѣйствія получаютъ характеръ правонарушенія лишь въ томъ случаѣ, когда проявились въ территоріи, перешли, такъ сказать, границу; — выстрѣлъ — чтобы воспользоваться примѣромъ Цительмана — только тогда нарушитъ гдѣ-либо права, если снарядъ попадетъ на территорію, фактъ же стрѣльбы, самъ по себѣ, еще не составляетъ никакого посягательства на неприкосновенность государства.

А затѣмъ, не проще ли и естественнѣе видѣть въ подобнаго рода посягательствахъ не нарушеніе территоріальнаго верховенства, а нападеніе на самое государство?

Если территорія необходимый элементъ въ понятіи государства, — а для насъ это представляется безспорнымъ — то всякое дѣйствіе, ея касающееся, есть дѣйствіе, имѣющее своимъ предметомъ самый политическій организмъ [2]). Покушеніе на территорію какъ таковую — есть покушеніе на государство; но съ этой точки зрѣнія вся аргументація Цительмана падаетъ сама собой.

---

[1]) Loc. cit., 95: Dass fremde Staaten auf ihrem eigenen Gebiet keine gegen das Inland gerichteten Einwirkungshandlungen vornehmen dürfen, lässt sich nimmermehr durch die Gebietshoheit als Herrschaft auf dem Gebiete, sondern nur durch die Gebietshoheit als Recht an dem Gebiet erklären: leugnete man sie, so käme man in sehr wichtigen Beziehungen zu einer völkerrechtlichen Schutzlosigkeit, die in Wahrheit nicht vorliegt.

[2]) См. интересныя замѣчанія Beling въ Kritische Vierteljahrschrift, 1899, S. 288 (реценяія на Intern. Priv. Цительмана).

III. Содержаніе понятія территоріальнаго верховенства.

§ 56. Нами оконченъ обзоръ тѣхъ принципіальныхъ соображеній, которыя приводятся въ литературѣ въ защиту ученія о вещномъ характерѣ территоріальнаго верховенства. Какъ видно, они весьма немногочисленны и зиждятся на довольно шаткомъ фундаментѣ.

Для большинства писателей упомянутая теорія недавно еще составляла непреложный догматъ, не подлежавшій даже доказыванію, при чемъ о существованіи иного направленія обыкновенно вовсе и не упоминалось.

За послѣднее время, однако, классической доктринѣ пришлось потерпѣть крайне тяжкіе критическіе удары и свое положеніе безраздѣльно господствующаго ученія промѣнять на чисто-оборонительное.

На самомъ дѣлѣ, со времени Гербера,—впервые ясно и опредѣленно поставившаго вопросъ о юридической природѣ территоріи,—не подлежитъ сомнѣнію, что территорія является пространственнымъ предѣломъ властвованія. Пространственная функція, такимъ образомъ, стоитъ внѣ спора [1]). Весь вопросъ слѣдовательно сводится къ тому, имѣетъ ли территорія *сверхъ* указаннаго свойства, еще и другое, а именно свойство объекта.

Мы попытались доказать, что всѣ тѣ соображенія, которыя приводятся въ пользу двойственнаго характера территоріи, покоятся на отправныхъ точкахъ зрѣнія, не соотвѣтствующихъ современному строю государства.

Теперь намъ необходимо выяснить, что всѣ основныя качества территоріи, все ея функціональное значеніе получаетъ достаточное обоснованіе, если признать за ней исключительно роль пространственнаго предѣла.

---

[1]) См. выше, гл. VI, изложеніе ученій корифеевъ науки государственнаго права. Adde: Br. Schmidt, Der Staat, S. 142.

§ 57. Для теперешняго, наличнаго правосознанія территорія является необходимымъ и существеннымъ признакомъ государства. На этомъ вопросѣ мы подробно останавливались въ Введеніи и можемъ къ нему здѣсь болѣе не возвращаться. Территорія, такимъ образомъ, есть неотъемлемая принадлежность, составная часть самаго государства; безъ первой нѣтъ и послѣдняго [1]). Но если это такъ, то тѣмъ самымъ логически исключается возможность видѣть въ матеріальномъ субстратѣ государства *и* пространственный моментъ *и* объектъ властвованія [2]).

На самомъ дѣлѣ вещь — а къ ней приравнивается съ точки зрѣнія классической доктрины и территорія—стоитъ внѣ субъекта, ею обладающаго; она не интегральная его часть, а нѣчто, ему противуполагающееся. Мыслимо себѣ представить человѣка, который въ данный моментъ не обладалъ бы ничѣмъ: отъ этого личность его, какъ таковая, нисколько не измѣнится. Напротивъ того, лишите государство территоріи—и оно исчезнетъ, перестанетъ существовать въ качествѣ государства [3]). Точно также и измѣненіе территоріальнаго состава есть измѣненіе и самаго государства [4]). Возможно ли это было бы, если бы территорія, стоя, такъ ска-

---

[1]) По совершенно справедливому замѣчанію Фрикера, Gebiet und Gebietshoheit, 57, нельзя говорить, что у государства есть территорія, что государство обладаетъ территоріей, какъ нельзя говорить, что человѣкъ имѣетъ душу: человѣкъ безъ души (или тѣла) не существуетъ вовсе, точно также безъ территоріи немыслимо и само государство.

[2]) Едва ли есть необходимость доказывать, что между понятіями „пространство" и „вещь"—лежитъ глубокая пропасть и что вещное право не можетъ конструироваться какъ властвованіе въ извѣстномъ пространствѣ, въ предѣлахъ данной вещи, ср. Фрикеръ, Gebiet, etc., 60. Если между логическими представленіями существуетъ вообще какая-нибудь грань, то нѣтъ сомнѣнія, что въ данномъ случаѣ она можетъ и должна быть проведена съ полной опредѣленностью. Въ противномъ случаѣ пришлось бы признать, что лицо, получившее золотой, властвуетъ въ его предѣлахъ.

[3]) Ср. Preuss, Gemeinde, Staat, etc., S. 405, а также предыдущее изложеніе, стр. 21.

[4]) О томъ, въ какомъ смыслѣ слѣдуетъ понимать это положеніе, см. ниже (ученіе о способахъ пріобрѣтенія территорій).

зать, внѣ государства, была бы объектомъ обладанія, вещью? Гейльборнъ отвѣчаетъ на этотъ вопросъ такъ: да, возможно для того, кто признаетъ, что у человѣка имѣются извѣстныя права на собственное тѣло. Съ своей стороны, мы позволимъ себѣ отвѣтить: нѣтъ не мыслимо, даже и съ точки зрѣнія этого, болѣе чѣмъ сомнительнаго ученія [1]).

Дѣло въ томъ, что „сходство“ между территоріей и человѣческимъ тѣломъ заключается въ томъ, что какъ та, такъ и другое являются составной частью цѣлаго [территорія + населеніе + власть = государству; духъ + тѣло = человѣку] [2]); но роль тѣла и территоріи, разумѣется, различна. Функція территоріи заключается въ томъ, что она служитъ предѣломъ для государства; внѣ ея государство властвовать не можетъ или по крайней мѣрѣ его власть распространяется только на опредѣленныхъ лицъ, его подданныхъ, да и то лишь въ извѣстныхъ отношеніяхъ. Оба эти свойства территоріи—качество момента и предѣлъ власти — вытекаютъ одно изъ другого и неразрывно связаны между собою, между тѣмъ какъ тѣло ни въ коемъ случаѣ не можетъ мыслиться какъ рамки, въ которыхъ упражняется человѣческая воля. Рамки эти составляетъ внѣшній міръ, но не самъ человѣкъ [3]).

---

[1]) Теорія права на собственное тѣло, его части и т. д., сданная было въ архивъ науки, извлечена была оттуда за послѣдніе годы нѣкоторыми учеными—см., напр., Roguin, La règle de droit, 1889, p. 252 et suiv., ср. Gierke, Deutsches Privatrecht, 1895, § 82.

[2]) Само собой разумѣется, что это механическое пониманіе человѣка имѣетъ крайне сомнительную научную цѣнность.

[3]) Если уже необходимо во что бы то ни стало прибѣгать къ сравненіямъ, то мы сказали бы, что роль территоріи по отношенію къ человѣку играетъ то пространство внѣшняго міра, которое онъ занимаетъ, тотъ столбъ воздуха, который имъ вытѣсняется. Это пространство, является мѣстомъ, гдѣ упражняется его воля, и при этомъ не составляетъ объекта, не играетъ роли вещи. Признаемся, что эта аналогія притянута за волосы — но это всегда такъ бываетъ, когда сравниваются вещи, имѣющія между собою лишь отдаленное сходство; во всякомъ случаѣ она ближе подходитъ къ дѣйствительности, чѣмъ сравненіе территоріи съ тѣломъ.

Такимъ образомъ, возможность конструкціи, которая въ человѣческомъ тѣлѣ усматривала бы объектъ вещныхъ правъ, нисколько еще, сама по себѣ, не оправдываетъ допустимости воззрѣнія на территорію какъ на такой предметъ, который составлялъ бы вмѣстѣ съ тѣмъ интегральную часть самого понятія государства [1]).

---

[1]) Въ своемъ новѣйшемъ изслѣдованіи, Studien zum Staatsbegriffe, Arch. f. öff. Recht, 1902, № 1, Affolter снова возвращается къ господствующему ученію и утверждаетъ (S. 126), что „vom Standpunkte des Völkerrechts aus besteht ein Recht des organisierten Verbandes an dem Lande, ein Recht, das dem Eigentumsrechte oder dem Eigentumsbesitze ähnlich gedacht wird“.

Аргументація же его сводится къ слѣдующему. Вещное право (S. 127, Anm.) имѣется тогда только, когда стоящій надъ субъектомъ правопорядокъ предоставляетъ субъекту такое право. Субъектъ, напр., отдѣльный человѣкъ, самъ себѣ этого права предоставить не можетъ. Органы субъекта — руки, ноги, ротъ и т. д., распоряжаются вещью согласно велѣніямъ, исходящимъ отъ органа воли, и эти дѣйствія и распоряженія органовъ субъекта являются, на основаніи стоящаго надъ субъектомъ правопорядка, упражненіемъ принадлежащаго субъекту права. Въ организованныхъ единствахъ органами воли также издаются распоряженія касательно территоріи, и эти распоряженія приводятся въ исполненіе дальнѣйшими органами государства и отдѣльными людьми—но всѣ они опираются о высшій правопорядокъ, т. е. о международное право, которое предоставляетъ государству право на территорію и съ тѣмъ вмѣстѣ возможность издавать упомянутыя распоряженія. — Все это разсужденіе представляетъ изъ себя полнѣйшую, и притомъ перекрещивающуюся, путаницу понятій. Прежде всего, распоряженія государственныхъ органовъ, о которыхъ говоритъ А., касаются не территоріи какъ таковой, а отдѣльныхъ частей ея, участковъ земли, что, какъ мы видѣли, далеко не одно и то же. Во-вторыхъ, правительственныя мѣста и лица дѣйствуютъ такъ или иначе вовсе не потому, что за тѣми законами или, вообще, правовыми нормами, которыми регулируется ихъ дѣятельность, стояли бы другія нормы высшаго порядка. Издавая правила, касающіяся, напр., кадастра, государство конечно нисколько не заботится о международномъ правѣ, ибо послѣднее нормируетъ только отношенія государствъ между собой и, рефлективно, только тѣ изъ внутреннихъ отношеній, въ составъ которыхъ входитъ иностранный элементъ. Нѣтъ никакого сомнѣнія, что государства живутъ и дѣйствуютъ не потому, что имъ разрѣшаетъ это международное право, ибо государство есть prius, а международное право — posterius. „Право“ на свою территорію, какъ его понимаетъ А.. имѣло бы и государство изолированное, стоящее внѣ международнаго общенія и стало быть не признающее никакихъ надъ нимъ стоящихъ нормъ. — Несостоятельность приведенной аргументаціи бросается въ глаза—и къ ней А. никогда бы, вѣроятно, не прибѣгъ, если бы ему не было необходимо спасти воззрѣніе на территорію, какъ на *не*существенный признакъ государства.

Такое воззрѣніе должно считаться логическимъ non sens'омъ, ибо одно изъ двухъ: или территорія есть объектъ— тогда она не есть существенный элементъ политическаго организма; или же она составляетъ моментъ въ сущности государства—въ этомъ случаѣ ей нельзя приписывать функцій вещи, предмета обладанія [1]). Необходимо сдѣлать выборъ—и какъ мы постарались доказать, этотъ выборъ долженъ пасть на вторую изъ указанныхъ альтернативъ.

§ 58. Намъ надлежитъ теперь нѣсколько подробнѣе остановиться на содержаніи понятія территоріальнаго верховенства.

Если территорія есть то пространство земли, въ предѣлахъ котораго проявляетъ себя государство, упражняя свои права, то само территоріальное верховенство не можетъ ни мыслиться какъ аггрегатъ какихъ-либо полномочій, ни имѣть какое-либо особое, специфическое содержаніе. Оно есть сама государственная власть, разсматриваемая лишь подъ извѣстнымъ угломъ зрѣнія, въ отношеніи компетенціи ratione loci. На этомъ основаніи слѣдуетъ отвергнуть тѣ опредѣленія, которыя выдвигаютъ и принимаютъ за характерный признакъ ту или другую сторону властвованія. Такъ, напр., Аффольтеръ, замѣтивъ, что государственная территорія имѣетъ своей функціей снабженіе внѣшне распознаваемымъ свойствомъ всѣхъ тѣхъ, кто принадлежитъ къ общественному союзу и на кого долженъ распространяться правопорядокъ, усматриваетъ въ ней „средство, признакъ, которымъ правовая организація пользуется, чтобы констатировать лицъ, долженствующихъ подлежать ея господству“ [2]). Все это, само по себѣ, совершенно вѣрно, но отнюдь не

---

[1]) Воззрѣніе Curtius'а, Ueber Staatsgebiet und Staatsangehörigkeit въ Arch. f. öff. Recht, IX, S. 1 ff., будто новѣйшее ученіе о территоріальномъ верховенствѣ исходитъ изъ того положенія, что территорія не составляетъ существеннаго признака государства основано на сплошномъ недоразумѣніи.

[2]) Общее госуд. право, стр. 15.

исчерпываетъ сущности территоріальнаго верховенства. Если бы все значеніе территоріи сводилось къ указываемому Аффольтеромъ признаку, то было бы непонятно, на какомъ основаніи государство можетъ отражать всякое покушеніе на нее, почему дѣйствія государственной власти имѣютъ своимъ предѣломъ границы территоріи и многое другое.

Точно также односторонностью страдаютъ воззрѣнія Preuss'а, для котораго территорія есть „вещное единство соціальнаго права, которое въ своемъ возникновеніи и существованіи неразрывно связано съ превращеніемъ ассоціаціи въ корпоративное единство" [1]), а территоріальное верховенство заключается въ способности территоріальной корпораціи (государства) къ самоизмѣненію [2]).

Въ этомъ опредѣленіи тоже имѣется своеобразное принятіе pars pro toto: несомнѣнно, что государство можетъ расширяться, увеличивать свои владѣнія — но не въ этомъ, конечно, заключается все существо верховенства. Изъ опредѣленія Прейсса не вывести никакой юридической конструкціи и не объяснить наиболѣе важныхъ функцій территоріи въ международномъ оборотѣ [3]).

Опредѣленіе территоріальнаго верховенства, такимъ образомъ, не можетъ заключаться въ указаніи на какое-либо одно, болѣе или менѣе характерное, свойство. Верховенство это есть сама государственная власть;—и подобно тому, какъ существо этой послѣдней нельзя усматривать въ томъ или другомъ ея проявленіи, точно также и территоріальное

---

[1]) Op. cit., 321: Gebiet ist eine dingliche Einheit des Socialrechts, welche in ihrem Entstehen und Bestehen mit der Verdichtung einer Genossenschaft zur körperlichen Einheit unlöslich verknüpft ist. Смыслъ этого высокопарнаго опредѣленія можетъ быть усвоенъ только въ связи съ общими воззрѣніями Прейсса на государство, Körperschaft, Genossenschaft и т. д.

[2]) Ibid., 406.

[3]) См. критику этого воззрѣнія у Hänel, Zur Revision der Methode und Grundbegriffe des Staatsrecht въ Archiv f. öff. Recht, 1890, S. 457 ff.

право не можетъ конструироваться какъ какое-либо послѣдствіе власти. Значеніе пространственнаго момента заключается въ томъ, что онъ ставитъ понятіе государства въ извѣстныя рамки и вмѣстѣ съ тѣмъ служитъ основаніемъ для разграниченія компетенціи государства.

§ 59. Юридическое значеніе территоріи есть несомнѣнное послѣдствіе множественности государствъ. Если бы на свѣтѣ существовало только одно властвующее единеніе людей, одно государство, то матеріальный субстратъ его имѣлъ бы лишь фактическое значеніе, въ смыслѣ физическаго условія существованія. Строго говоря, самый вопросъ о правѣ въ территоріи или на территорію не могъ бы вовсе быть поставленъ. Право всегда предполагаетъ наличность двухъ субъектовъ, въ данномъ же случаѣ равнаго государству, т. е. не субординированнаго ему, субъекта не существовало бы.

Такимъ образомъ правовое очертаніе понятія территоріи получается только благодаря тому, что государства не живутъ изолированно, а напротивъ того приходятъ въ постоянное соприкосновеніе другъ съ другомъ. Но такъ какъ государство есть высшее единеніе людей, не знающее надъ собой ничьей власти, то сфера дѣятельности его можетъ, конкретно, быть разграничена только территоріальнымъ началомъ. Власть государства кончается тамъ, гдѣ начинается чужая, не подчиненная ему территорія. Границы служатъ межой, отдѣляющей другъ отъ друга равноправныя и одинаково абсолютныя компетенціи.

Въ этомъ заключается непреложная и неотъемлемая функція территоріи; она существуетъ во всѣ времена и у всѣхъ народовъ, такъ какъ является неизбѣжнымъ послѣдствіемъ существованія многихъ независимыхъ другъ отъ друга политическихъ организмовъ, силою вещей вынужденныхъ размежеваться на поверхности земного шара. Правда, малоразвитый юридическій анализъ не способенъ выдѣлить

это свойство и за землей, вещью, не видитъ территоріи. Отношенія между государствами мыслятся долгое время по наиболѣе простому типу, именно частно-правовому, а само государство отожествляется съ помѣстіемъ, земельнымъ владѣніемъ. Такъ, какъ показалъ историческій очеркъ развитія идеи территоріи, стояло дѣло въ средніе вѣка и въ новое время, впредь до окончательнаго паденія стараго режима. Пространственная функція территоріи была совершенно подавляема ея вещными функціями, и цивилистическій покровъ, окутывавшій всѣ государственныя отношенія, былъ настолько плотно сотканъ, что совершенно прикрывалъ собою разграничительное свойство матеріальнаго субстрата государства. И весь прогрессъ научной мысли, въ данной сферѣ, заключается въ постепенномъ удаленіи всѣхъ этихъ цивилистическихъ наслоеній.

Съ того момента, какъ территорія познана была какъ самодовлѣющее понятіе, должно было появиться сознаніе, что всѣ вещныя ея функціи суть лишь наслоенія, лишь затемняющія и искажающія пространственный моментъ. Это сознаніе, конечно, могло явиться лишь въ ту эпоху, когда пубичное и частное права стали мыслиться какъ отличныя другъ отъ друга категоріи, а сама государственная жизнь оказалась построенною не на частномъ, а на публичномъ фундаментѣ.

Это, какъ извѣстно, было дѣломъ новѣйшаго времени, создавшаго современное государство.

§ 60. Функціей территоріи, какъ пространственнаго момента въ понятіи государства, объясняются и всѣ тѣ свойства и „послѣдствія“ верховенства, которыя обыкновенно выводятся изъ объектнаго, вещнаго ея характера.

Прежде всего абсолютность и полнота власти [1]). Преслѣдуя свои задачи на данной территоріи, государство, принципіально,

---

[1]) Ср. сказанное выше, стр. 161 и слѣд.

совершенно свободно въ выборѣ своихъ средствъ. Пока дѣятельность его, такъ или иначе, не затрагиваетъ интересовъ другихъ членовъ международнаго общенія, т. е. тѣхъ самостоятельныхъ политическихъ единеній, съ которыми государство находится въ правовыхъ отношеніяхъ, эта свобода абсолютна. Территорія ставитъ ей только пространственный предѣлъ—подобно тому, какъ границы округа конденсируютъ, такъ сказать, компетенцію судебнаго или административнаго учрежденія на извѣстномъ протяженіи земной поверхности. Но тогда какъ власть окружного суда или начальника губерніи делегирована и основана на положительномъ правопорядкѣ, стоящемъ надъ ней, правомочія государства какъ таковаго, а именно возможность проявлять свою дѣятельность въ данныхъ предѣлахъ, не имѣютъ предположеніемъ своимъ какой-либо системы надгосударственныхъ нормъ.

Государство живетъ и дѣйствуетъ не въ силу разрѣшенія даннаго ему международнымъ правомъ [1]), и полнота власти можетъ встрѣтить ограниченіе лишь постольку, поскольку она посягаетъ на чужую власть, или же это ограниченіе установлено самимъ государствомъ — въ формѣ соглашенія съ другими субъектами, ему равноправными, или объективной нормой, эманирующей отъ государства и имъ признанной.

На самомъ дѣлѣ, международное право, — единственно способное налагать обязанности на государство,—есть право соглашенное, въ томъ смыслѣ, что оно продуктъ совмѣстной жизни государствъ и исходитъ отъ этихъ послѣднихъ; оно не есть совокупность велѣній, существующихъ независимо отъ конкретныхъ, наличныхъ государствъ и исходящихъ отъ

[1]) Мы рѣшительно отвергаемъ какое бы то ни было право (международное) государства на существованіе и всецѣло примыкаемъ къ новѣйшему направленію, элиминирующему изъ системы международнаго права всю теорію „основныхъ" правъ, см. Jellinek, System, S. 303 ff.; Heilborn, System, S. 279 ff. Подробно здѣсь останавливаться на этихъ вопросахъ намъ нѣтъ, конечно, никакой возможности.

какого-либо надгосударственнаго правотворящаго источника. Государственная власть, энергія властвованія не въ немъ имѣетъ свое начало—напротивъ того, первоначально данное есть самостоятельное единеніе людей, и имъ же вырабатываются тѣ нормы, которыя регулируютъ совмѣстную жизнь политическихъ организмовъ.

Полнота и абсолютность, такимъ образомъ, не являются свойствами властвованія, дарованными какимъ-либо объективнымъ правопорядкомъ, какъ въ сферѣ имущественныхъ отношеній между людьми. Онѣ—логически необходимое послѣдствіе независимости государства.

Принципъ равноправности государствъ, само собою разумѣется, есть международно-правовое начало. Но не имъ даются содержаніе и границы властвованія—его роль чисто охранительная. То, что выработано внутренней жизнью государства, дается не международнымъ правомъ, ибо само государство, со своей правовой дѣятельностью, является предпосылкой, первичнымъ предположеніемъ всякой системы международныхъ нормъ.

Но въ сферѣ внѣшнихъ сношеній существующее соотношеніе государственныхъ силъ получаетъ охрану именно благодаря международному праву, которое превращаетъ фактическія отношенія въ юридическія, создавая цѣлую систему правъ и обязанностей, субъектами которыхъ являются государства. Охраной международнаго права пользуется и территоріальное верховенство: властвуя въ данныхъ предѣлахъ, государство получаетъ, при посредствѣ объективной, надъ нимъ стоящей, нормы, притязанія на то, чтобы это властвованіе не было нарушено, другими словами—чтобы никто не вторгался въ сферу его компетенціи.

Но такъ какъ аналогичное притязаніе возникаетъ на сторонѣ каждаго изъ членовъ международнаго общенія, то вторымъ моментомъ въ данномъ понятіи является обязанность не вторгаться въ чужую сферу, не препятствовать

другимъ государствамъ проявлять свою дѣятельность. Въ этомъ заключается т. наз. международно-правовая сторона верховенства. Она непосредственно вытекаетъ изъ основной посылки международнаго права—равенства и несоподчиненности его субъектовъ, но нисколько не предрѣшаетъ самого вопроса о юридической природѣ территоріи. На самомъ дѣлѣ, притязаніе на исключительное упражненіе тѣхъ или другихъ правъ,—направленное противъ всѣхъ участниковъ правового оборота,—можетъ одинаково быть у государства-собственника территоріи и у государства властвующаго въ территоріи. Наличность притязанія только тогда являлась бы доказательствомъ вещности права (права на вещь, на территорію), если бы содержаніе власти государства давалось системой нормъ, стоящихъ надъ нимъ.

Но подобное положеніе вещей противорѣчило бы, какъ мы видѣли, самому существу международнаго права, берущаго государство какъ оно есть, а не создающаго его.

§ 61. Принципіальная сторона вопроса нами исчерпнута. Мы постарались показать, что къ пространственной разграничительной функціи сводится *все* содержаніе территоріальнаго верховенства и что территорія имѣетъ значеніе *только* момента въ понятіи государства. Изъ этого основного положенія вытекаютъ и всѣ частныя свойства территоріальнаго властвованія — абсолютность, исключительность, подчиненіе государственной власти всего того, что находится въ предѣлахъ государства (quidquid est in territorio est etiam de territorio) и т. п. Спеціально останавливаться на каждомъ изъ этихъ проявленій imperium'а намъ нѣтъ никакой необходимости, такъ какъ всѣ они вытекаютъ изъ общаго, основного начала. Для насъ гораздо важнѣе выяснить, насколько защищаемое нами воззрѣніе согласуется съ конструкціей отдѣльныхъ институтовъ современнаго положительнаго права, какъ внутренняго, такъ и внѣшняго. Намъ предстоитъ, такимъ образомъ, подвергнуть анализу тѣ правовыя явленія, которыя господ-

ствующей школой приводятся въ качествѣ доказательства вещной функціи территоріи. Только въ томъ случаѣ, если намъ удастся установить, что и они получаютъ вполнѣ удовлетворительное объясненіе при воззрѣніи на территорію какъ на пространственный предѣлъ властвованія, мы будемъ въ правѣ считать поставленную нами себѣ цѣль достигнутою. Только тогда разсѣются всѣ сомнѣнія и будетъ дѣйствительно доказано, что вещная функція территоріи для современнаго права потеряла всякое значеніе и представляется излишней.

Но прежде чѣмъ приступить къ анализу отдѣльныхъ юридическихъ институтовъ намъ необходимо сдѣлать одно предварительное замѣчаніе. Дѣло въ томъ, что всѣ новые принципы завоевываютъ себѣ признаніе лишь послѣ тяжелой и упорной борьбы. Старое и отжившее долго еще будетъ продолжать вліять, прямо или косвенно, на молодое и вновь народившееся. Поэтому въ сферѣ соціальныхъ и юридическихъ явленій мы нерѣдко встрѣчаемся съ пережитками старины, рѣзкимъ пятномъ выступающими на общемъ фонѣ правовыхъ концепцій данной эпохи.

Съ подобными переживаніями намъ, быть можетъ, придется столкнуться и при анализѣ упомянутыхъ институтовъ;— въ этомъ, однако, мы усмотримъ лишь отголосокъ отжившей свой вѣкъ эпохи, а не доказательство правильности и для теперешняго правового строя взгляда на территорію какъ на объектъ господства.

ГЛАВА ДЕВЯТАЯ

ТЕРРИТОРІАЛЬНОЕ ВЕРХОВЕНСТВО ВО ВНУТРЕННЕМЪ ПРАВѢ.

§ 62. Въ то время, когда территоріальное верховенство мыслилось какъ понятіе, слагающееся изъ отдѣльныхъ частей, другъ отъ друга независимыхъ, такъ наз. „послѣдствіямъ" его придавалось въ публицистической литературѣ весьма большое значеніе. Всѣ тѣ распоряженія государственной власти, всѣ тѣ институты, которые такъ или иначе соприкасаются съ территоріей, конструировались какъ необходимыя консеквенціи вещнаго характера территоріальнаго права [1]). Съ паденіемъ стараго режима и торжествомъ публицистической конструкціи государства, воззрѣніе на территорію какъ на единое, самодовлѣющее понятіе получило перевѣсъ. Но тѣмъ не менѣе въ основу многихъ институтовъ, какъ публичнаго, такъ и частнаго права, до сихъ поръ научная доктрина кладетъ ту конструкцію территоріальнаго верховенства, которая снабжаетъ государство вещными правомочіями относительно своего матеріальнаго субстрата [2]).

---

[1]) Или, вѣрнѣе, dominium eminens, которое въ тѣ времена совершенно заслоняло собою понятіе территоріальнаго верховенства, ср. выше, гл. V.

[2]) Наиболѣе типичнымъ представителемъ того направленія, которое теорію публично-вещнаго права основываетъ на вещномъ характерѣ отдѣль-

Остановимся теперь на этихъ институтахъ и постараемся опредѣлить ихъ истинную юридическую природу.

Въ прежней литературѣ доказательство вещнаго характера территоріи нерѣдко склонны были усматривать въ правѣ государства дѣлить территорію на административные и тому подобные округа (противъ чего считалъ нужнымъ возражать еще Герберъ, см. выше стр. 118), принимать, въ порядкѣ управленія, тѣ или другія мѣры, касающіяся территоріи, и, въ частности, объявлять данную мѣстность въ осадномъ положеніи.

Доказательная сила этихъ примѣровъ, само собою разумѣется, болѣе чѣмъ ничтожна. Не можетъ быть сомнѣнія, что дѣленіе государственной территоріи на округа есть не что иное, какъ установленіе компетенціи тѣхъ или другихъ должностныхъ лицъ. Когда губернатору или суду отводится тотъ или другой округъ, то это, конечно, не означаетъ, чтобы имъ предоставлялись какія-либо вещныя права надъ той областью, гдѣ законъ повелѣваетъ имъ функціонировать, распространять свою дѣятельность. Въ противномъ случаѣ пришлось бы признать, что и консула являются

ныхъ правомочій государства, является, изъ новѣйшихъ, Ad. Arndt. Интересенъ слѣдующій passus, вполнѣ опредѣлено очерчивающій воззрѣнія автора (Staatsrecht, § 15).: „Da die Staatsgewalt sich auch auf nicht von Menschen bewohnten Theile des Staatsgebietes erstreckt, da ferner die Staatsangehörigen der Staatsgewalt regelmässig nur, soweit sie sich im Staatsgebiete gegenwärtig oder in der Zukunft aufhalten, unterworfen sind, da sich drittens die Staatsgewalt regelmässig auch auf die im Staatsgebiete verweilenden Ausländer mit erstreckt—die z. B. den Strafgesetzen unterstellt sind,—da endlich kein im Staatsgebiet verweilender Inländer oder Ausländer bezüglich des Staatsgebietes Verfügungen zum Nachtheil der Staatsgewalt treffen, insbesondere keinen Theil des Staatsgebietes der Staatshoheit entziehen kann, während die Staatsgewalt umgekehrt Verfügen über die Staatshoheit (z. B. Gebietsabtretungen) ohne und sogar gegen den Willen der Staatsangehörigen vornehmen darf, so wird auch das Staatsgebiet als solches als ein Objekt der Staatsgewalt angesehen werden müssen". Въ пользу объектной теоріи не приводится ни одного принципіальнаго соображенія:—съ точки зрѣнія автора она цѣликомъ вытекаетъ изъ конструкціи отдѣльныхъ институтовъ положительнаго права.

„собственниками", держателями вещныхъ правомочій надъ территоріей своихъ округовъ или, по крайней мѣрѣ, что государство, ихъ назначившее, обладаетъ таковыми надъ чужой территоріей...

Что же касается объявленія какой-либо мѣстности въ осадномъ положеніи, то, въ данномъ случаѣ, рѣчь идетъ только объ извѣстныхъ мѣропріятіяхъ государственной власти, административныхъ распоряженіяхъ и т. п., суживающихъ свободу дѣйствія гражданъ [1]). Возможность принимать такія мѣры формально зиждится на общемъ правѣ государства предопредѣлять поведеніе всѣхъ подчиненныхъ ему лицъ и нормировать ихъ дѣятельность въ соотвѣтствіе со своими пользами и нуждами.

Конструктивно, объявленіе мѣстности въ осадномъ положеніи (въ положеніи „усиленной" илъ „чрезвычайной" охраны) сводится къ умаленію сферы субъективныхъ публичныхъ правъ, присвоенныхъ подданнымъ и—въ странахъ съ конституціоннымъ образомъ правленія—къ пріостановкѣ конституціонныхъ гарантій. Но во всемъ этомъ, конечно, можно усматривать только мѣропріятія, имѣющія своимъ предметомъ гражданъ; ни о какомъ непосредственномъ воздѣйствіи на территорію въ данномъ случаѣ рѣчь итти не можетъ [2]).

§ 63. Не бóльшею убѣдительностью обладаетъ ссылка на безхозяйныя вещи, или такъ наз. adespota.

Во многихъ государствахъ, какъ извѣстно, никому не принадлежащія вещи считаются собственностью фиска, при чемъ не требуется спеціальной оккупаціи [3]); вещь, въ силу закона, становится достояніемъ государства ipso jure съ

---

[1]) Ср. Bansi, Gebietshoheit, S. 42, 43.

[2]) На такого рода „доказательствахъ" вещности территоріальнаго права мы останавливаемся исключительно для очистки совѣсти и полноты изложенія. Теорія, которая основывалась бы на подобномъ фундаментѣ, едва ли заслуживала бы серіознаго опроверженія.

[3]) Ср. Св. Зак. т. X ч. 1, ст. 406; Code Civil, art. 539.

того момента, какъ перестаетъ быть чьей-нибудь, т. е. составлять предметъ собственности частнаго лица. Отсюда выводятъ **первоначальное** право государства на все то, что находится въ территоріи, на всѣ вещи или на всю территорію [1]).

Однако, упомянутое право государства отнюдь не представляется какимъ-либо непреложнымъ послѣдствіемъ современной политической организаціи. Вполнѣ мыслимо, чтобы фиску не отводилось, въ данномъ отношеніи, никакого привилегированнаго положенія и чтобы adespota становились собственностью primi occupantis. По совершенно справедливому замѣчанію Pözl'я, у государства — теоретически — не имѣется, относительно безхозяйныхъ вещей, никакого преимущества передъ частными лицами, и если нѣкоторыя изъ современныхъ государствъ и закрѣпляютъ за собою подобную привилегію, то это объясняется исключительно историческимъ происхожденіемъ соотвѣтствующихъ законодательныхъ постановленій [2]). На самомъ дѣлѣ, въ данномъ случаѣ имѣется весьма характерный примѣръ **переживанія** съ того времени, когда государству приписывалось особое верховное право, dominium eminens, надъ всѣми имуществами его подданныхъ. Обладая вещными правомочіями относительно всего того, что входило въ составъ территоріи, государство, само собою разумѣется, мыслилось и какъ собственникъ тѣхъ вещей, которыя не имѣли частнаго хозяина [3]). Законодательный текстъ являлся, такимъ образомъ, скорѣе **подтвер-**

---

[1]) См., напр., Klüber, Droit des gens, § 124; Ф. Ф. Мартенсъ, Межд. право, I, § 88. Для Г. Гроція, De jur. Belli ac Pacis, lib. II, cap. II § 4, право государства на безхозяйныя вещи вытекаетъ изъ dominium populi generale. Biener, De natura et indole dominii, p. 83, выставляетъ въ качествѣ общаго положенія, что „hace omnia (т. е. adespota) princeps sibi acquirit jure proprio, utilitatemque habet jure dominii pleni aut minus pleni in territorio“.

[2]) См. ст. „Herrenlose Sachen“ въ Staatswörterbuch, V, S. 134; ср. Bansi, Gebietshoheit, S. 47.

[3]) Ср. вышеприведенную цитату изъ Biener, De natura, etc.

жденіемъ неотъемлемаго права государства, чѣмъ моментомъ, его создающимъ.

Для современнаго правового строя, однако, подобная конструкція лишена всякаго значенія; верховное право собственности государства кануло въ вѣчность и уже не можетъ больше служить обоснованіемъ какого бы то ни были юридическаго института.

Конечно, и нынѣ ничто не мѣшаетъ законодателю даровать фиску право на всѣ безхозяйныя вещи—но это едва ли соотвѣтствовало бы теперешнему укладу жизни и гражданскаго оборота [1]). Во всякомъ же случаѣ—и это соображеніе весьма существенно для теоретической постановки вопроса о территоріи — первоначальнымъ предположеніемъ права на adespota можетъ служить только верховное право собственности на вещи, находящіяся въ предѣлахъ государства, а не собственность второго порядка, публично-вещное право на территорію какъ таковую. Но между этими двумя понятіями имѣется, даже въ глазахъ самыхъ завзятыхъ сторонниковъ господствующей конструкціи территоріальнаго верховенства, громадное принципіальное различіе.

§ 64. Ссылаются, далѣе, въ качествѣ доказательства вещности территоріи, на то, что государство властвуетъ и надъ иностранцами, находящимися въ его предѣлахъ [2]).

Въ этомъ видятъ особое послѣдствіе или проявленіе территоріальной власти. Но такой взглядъ, конечно, основанъ на недоразумѣніи. Государственная власть едина, разнообразны только способы ея осуществленія, и значеніе территоріи какъ разъ заключается въ томъ, что на ней государство можетъ автономно проявлять свою волю во всей полнотѣ и

---

[1]) Ср. § 928 германскаго гражданскаго уложенія: „der Fiskus e r w i r b t das Eigenthum (на недвижимости, сдѣлавшіяся безхозяйными) dadurch, dass er sich als Eigenthümer in das Grundbuch eintragen lässt“, государство п р i о б р ѣ т а е т ъ право собственности, а не считается собственникомъ de plano.

[2]) Ср. Z ö p f l, Grundsätze, II, S. 530; A r n d t, Staatsrecht, S. 68.

интенсивности. Само собою разумѣется, что эта власть распространяется на всѣхъ лицъ, находящихся въ территоріи, ибо надъ ними никакое государство, кромѣ мѣстнаго, властвовать не можетъ. Предѣлы права государства повелѣвать иностранцамъ могутъ быть установлены только объективной международной нормой; съ другой стороны, то обстоятельство, что иностранцы въ извѣстномъ отношеніи подчинены своему отечеству, которое можетъ налагать на нихъ тѣ или другія обязанности на случай пребываніе за границей, вызывать ихъ для отбыванія воинской повинности и т. п., ничего по существу не мѣняетъ. Мѣстное правительство вовсе не обязано считаться съ этими отношеніями, и во всякомъ случаѣ требованія государства-отечества ни въ коемъ случаѣ не могутъ умалить полноты его компетенціи.

Право властвовать надъ иностранцами вытекаетъ, такимъ образомъ, изъ потенціальнаго всемогущества государственной власти, которая въ отмежеванныхъ ей пространственныхъ предѣлахъ можетъ подчинять себѣ все то, что въ нихъ находится. Послѣ того, что мы выше сказали о существѣ территоріальнаго верховенства, мы считаемъ возможнымъ на настоящемъ вопросѣ долѣе не останавливаться.

§ 65. Обращаемся къ институту экспропріаціи, который, на первый взглядъ, дѣйствительно какъ бы подтверждаетъ теорію собственности государства на территорію.

Догматическая исторія отчужденія частной собственности на общеполезныя нужды начинается, какъ извѣстно, съ dominium eminens. Долгое время право посягать на имущество гражданъ объясняется присущей государству верховной собственностью [1]); позднѣе, мѣсто dominium занимаетъ impe-

---

[1]) См. Georg Meyer, Das Recht der Expropriation (полное и обстоятельное изложеніе догматической исторіи разбираемаго института); также ср. предыдущее изложеніе, гл. IV, стр. 81 и слѣд. На этой точкѣ зрѣнія стоитъ и понынѣ юриспруденція сѣверо-американскихъ штатовъ, см. выше, стр. 91.

rium eminens, чѣмъ, по вѣрному замѣчанія Otto Mayer'a[1]), знаменуется переходъ къ совершенно другому кругу понятія: экспропріація не мыслится болѣе какъ нѣчто экстраординарное, изъ ряда вонъ выходящее, а составляетъ обыкновенное публичное право власти требовать, въ извѣстныхъ случаяхъ, тѣхъ или другихъ необходимыхъ жертвъ со стороны подданныхъ.

Ко времени полицейскаго государства, это право получаетъ неограниченный характеръ и становится весьма близкимъ къ полному произволу. Зато въ новомъ правовомъ государствѣ оно облекается въ строго опредѣленныя рамки и упражненіе его регулируется закономъ.

Что же касается самой конструкціи экспропріаціи, то она крайне спорна и въ современной литературѣ. Несомнѣнно одно: что отчужденіе представляетъ изъ себя вторженіе со стороны государства въ имущественно-правовую сферу частныхъ лицъ[2]), и притомъ такое вторженіе, которое всегда влечетъ за собою вознагражденіе заинтересованнаго лица.

---

[1]) Verwaltungsrecht, II, S. 5.

[2]) Впрочемъ, съ точки зрѣнія нѣкоторыхъ, весьма въ наше время немногочисленныхъ, писателей отчужденіе является не вторженіемъ государства въ чужія права, а скорѣе осуществленіемъ принадлежащаго ему первоначальнаго или сосуществующаго съ частной собственностью права. Такъ Ihering, Zweck im Recht, 1877, S. 514, совершенно отказывается видѣть въ экспропріаціи „eine Abnormität", т. е. такое явленіе, которое стояло бы въ противорѣчіи съ идеей собственности. Съ точки зрѣнія общественной теоріи собственности, экспропріація представляется вполнѣ нормальной, такъ какъ свойство отчуждаемости во имя высшихъ интересовъ общества есть интегральная часть самого понятія собственности (о другихъ писателяхъ того же направленія см. Max Layer, Prinzipien des Enteignungsrechts, 1902, S. 7, Anm. 1). Это воззрѣніе находится въ довольно тѣсной преемственной связи съ теоріей dominium eminens, такъ какъ за правомъ частной собственности усматриваетъ еще другое, болѣе широкое правомочіе государства, а въ самомъ dominium видитъ нѣчто производное, созданное волей общенія или закономъ. Но во всякомъ случаѣ право государства не имѣетъ ничего общаго съ публично-вещнымъ правомъ на территорію, такъ что конструкція экспропріаціи, даже съ этой — едва ли имѣющей серьезное научное значеніе — точки зрѣнія, ни въ коемъ случаѣ не можетъ служить доказательствомъ объектнаго характера самой территоріи.

Экспропріація, такимъ образомъ, всегда имѣетъ своимъ послѣдствіемъ утрату вещныхъ правъ на одной сторонѣ (частное лицо) и пріобрѣтеніе таковыхъ на другой [1]) (государство). Но смѣна субъектовъ права, въ данномъ случаѣ, происходитъ не въ силу произвола одного изъ нихъ, именно государства, а на основаніи закона, при чемъ титуломъ вторженія въ область частныхъ правъ является общественный или государственный интересъ, а формальная сторона посягательства регулируется правовыми нормами. Такимъ образомъ, какъ ни смотрѣть на институтъ экспропріаціи, въ немъ нельзя видѣть осуществленіе какого бы то ни было — первоначальнаго или производнаго — права государства на территорію. Территорія какъ таковая, въ данномъ случаѣ, никакого отношенія къ самому институту не имѣетъ, а самое право государства посягать на имущества частныхъ лицъ также мало зависитъ отъ конструкціи территоріальнаго верховенства, какъ его право налагать уголовныя наказанія имущественнаго характера (напр., конфисковать имѣнія) за тѣ или другія преступленія.

§ 66. Въ заключеніе мы должны вкратцѣ коснуться довольно часто встрѣчающейся въ литературѣ ссылки на необитаемыя пространства земли какъ на доказательство справедливости публично-вещнаго права государства на территорію [2]).

Государство властвуетъ и надъ такими частями территоріи, гдѣ никто не живетъ; повелѣвать ему здѣсь некому, матеріала для проявленія imperium'а не имѣется — между тѣмъ эти области также входятъ въ составъ территоріи,

---

[1]) См. вышеназванныя сочиненія O. Mayer'a и M. Layer'a, разсматривающія вопросъ о конструкціи отчужденія съ исчерпывающей полнотой. Ср. Hauriou, Droit administratif, p. 571: elle (l'expropriation) consiste dans un transfert de propriété, etc.

[2]) См., напр., изъ новѣйшихъ, Ad. Arndt, Staatsrecht des Deutschen Reichs, loc. cit.; Laband, Staatsrecht, I, S. 165.

также неприкосновенны для другихъ державъ, какъ и густонаселенныя. Стало бы, говорятъ, за imperium или рядомъ съ нимъ скрывается и другой комплексъ правомочій, другая власть, непосредственно воздѣйствующая на матеріальный субстратъ государства. Такая власть можетъ быть только вещнымъ правомъ, собственностью или чѣмъ-либо аналогичнымъ.

Не трудно показать полную несостоятельность этой аргументаціи. Право государства по отношенію къ сказаннымъ областямъ можетъ проявить себя, конечно, только въ томъ случаѣ, если появятся въ нихъ люди. Всѣ велѣнія государственной власти, относящіяся къ этимъ областямъ, такъ или иначе касаются людей. Пока нѣтъ людей, властвованіе существуетъ только потенціально, въ скрытомъ видѣ. Точно также и въ составъ губерніи (или вообще любого административнаго подраздѣленія) могутъ входить пустыри — тѣмъ не менѣе власть губернатора распространяется и на нихъ.

При этомъ, однако, слѣдуетъ замѣтить, что если мѣстность принадлежитъ къ числу такихъ, гдѣ подданные даннаго государства вообще никогда не селились и гдѣ, стало быть, власть никогда не могла себя фактически проявлять, то подобное ненаселенное пространство въ составъ территоріи входить не можетъ. Своими современныя государства считаютъ только тѣ земли, въ которыхъ они дѣйствительно властвуютъ — это и есть тотъ принципъ, который въ международномъ правѣ носитъ названіе эффективности оккупаціи. Только эффективно занятая территорія входитъ въ составъ государства. Поэтому, если какія-нибудь земли, по географическому своему положенію, вовсе недоступны для заселенія и, вмѣстѣ съ тѣмъ, для упражненія власти, то онѣ части государственной территоріи составить не могутъ [1]).

---

[1]) Это — положительная норма международнаго права, иногда expressis verbis выражаемая въ договорахъ, см., напр., трактатъ 18 марта 1895 г. между Франціей и Марокко, ст. VI: Quand au pays qui est au sud des Kes-

§ 67. Мы окончили разсмотрѣніе отдѣльныхъ институтовъ внутренняго права, правовая структура которыхъ считается приверженцами классической школы доказательствомъ вещной природы территоріи. Обзоръ нашъ, какъ видно, оказался весьма краткимъ и число такихъ институтовъ крайне незначительнымъ. Иначе оно и быть не могло. Современное государство всецѣло построено на началѣ власти, господства и — за исключеніемъ тѣхъ случаевъ, когда оно проявляетъ себя въ качествѣ фиска — функціи его сводятся къ повелѣванію. Объектомъ государственнаго властвованія являются люди, а не вещи, и иначе, какъ черезъ посредство людей, оно воздѣйствія на вещи оказать не въ состояніи. Поэтому современная доктрина публичнаго права на вышеприведенныя „доказательства“ вещности территоріальнаго верховенства обращаетъ чрезвычайно мало вниманія: мимоходомъ, какъ бы для очистки совѣсти, упоминаютъ о томъ или другомъ институтѣ, свидѣтельствующемъ, будто бы, о справедливости господствующей теоріи, но въ доказательную силу этихъ ссылокъ, строго говоря, никто не вѣритъ; для всѣхъ ясно, что свою позицію классическая доктрина защищаетъ гораздо болѣе внушительнымъ орудіемъ, чѣмъ всякія ученія объ отчужденіи, безхозяйныхъ вещахъ и т. п. За внутренне-правовыми институтами стоитъ тѣсно сомкнутый арьергардъ международно-правовыхъ концепцій. Здѣсь, несомнѣнно, лежитъ, съ практической точки зрѣнія, центръ тяжести всего вопроса. Лишь тогда, когда удастся доказать, что и въ положительномъ междугосударственномъ правѣ территорія является лишь пространственнымъ предѣломъ власти, а не вещью, торжество новаго, публично-правового направленія будетъ окончательно обезпечено.

---

sours des deux Gouvernements, comme il n'y a pas d'eau, qu'il est inhabitable, et que c'est le désert proprement dit, la délimitation en serait superflue; ср. ст. IV, см. Van Ortroy, Conventions internationales définissant les limites actuelles des possessions, protectorats et sphères d'influence en Afrique, 1898, p. 8 et suiv.

Для этого необходимо внимательно и подробно остановиться на всѣхъ тѣхъ институтахъ внѣшняго права, въ основѣ которыхъ лежитъ то или другое пониманіе территоріальнаго верховенства.

РАЗДѢЛЪ ТРЕТІЙ

ТЕРРИТОРІАЛЬНОЕ ВЕРХОВЕНСТВО И ОТДѢЛЬНЫЕ ИНСТИТУТЫ МЕЖДУНАРОДНАГО ПРАВА.

ГЛАВА ДЕСЯТАЯ.

ПРИНЯТІЕ И ВЫСЫЛКА ИНОСТРАНЦЕВЪ.

§ 68. Однимъ изъ важнѣйшихъ правъ собственника является возможность допускать или недопускать по своему усмотрѣнію третьихъ лицъ къ пользованію его имуществомъ. Если государство — собственникъ своей территоріи, то, само собою разумѣется, что оно, въ принципѣ, должно пользоваться неограниченнымъ правомъ открывать или закрывать доступъ къ ней иностранцамъ.

Такъ теоретически ставился вопросъ въ еще не столь далекомъ прошломъ, и слѣды такого воззрѣнія, подчасъ довольно яркіе, можно замѣтить и въ современной литературѣ международнаго права.

Въ эпоху господства теоріи dominium eminens, право государства высылать изъ своихъ предѣловъ иностранцевъ выводилось именно изъ этого понятія [1]). Съ теченіемъ времени, мѣсто верховной собственности заняла собственность международная, но по существу дѣло не измѣнилось. Вплоть до второй половины минувшаго столѣтія право государства принимать или высылать иностранцевъ мыслится какъ абсолютный, никѣмъ не ограниченный произволъ.

Такъ, напр., согласно воззрѣніямъ G.-Fr. de Martens,

---

[1]) Ср. выше, стр. 83 и 116, воззрѣнія Crusius'а и Zöpfl'я.

исключительное право государства на свою территорію уполномочивало бы его закрыть доступъ къ ней иностранцамъ, какъ на сушѣ, такъ и съ моря; въ силу того же права оно могло бы дозволять входъ, проходъ или пребываніе въ территоріи только тѣмъ лицамъ, которыя получили бы на это особое разрѣшеніе [1]). Vattel въ тѣхъ же почти выраженіяхъ проводитъ аналогичную мысль. Для него поведеніе китайскаго правительства, систематически недопускающаго европейцевъ въ предѣлы Небесной имперіи, вполнѣ оправдывается принципами международнаго права. Суверенъ можетъ закрыть свою территорію либо вообще всякому иностранцу, либо въ извѣстныхъ случаяхъ и извѣстнымъ лицамъ, ибо это одно изъ послѣдствій „droit de domaine" [2]). Съ аналогичной точкой зрѣнія мы встрѣчаемся рѣшительно у всѣхъ писателей разсматриваемой эпохи [3]).

Теоретическая постановка вопроса, само собою разумѣется, не оставалась безъ вліянія на жизненныя отношенія — а теорія, въ свою очередь, находила себѣ извѣстное оправданіе въ фактическомъ положеніи вещей. На самомъ дѣлѣ, массовыя изгнанія иностранцевъ были въ XVIII столѣтіи и въ началѣ XIX обыденнымъ дѣломъ, не только при объявленіи войны, но и въ мирное время. Такъ, напр., на основаніи закона 1703 г. всѣ англійскіе и голландскіе подданные, не принадлежавшіе къ католическому вѣроисповѣданію, были вынуждены удалиться изъ Испаніи [4]); когда вспыхнула французская революція, предписано было всѣмъ французамъ, проживающимъ въ Россіи и не отрекшимся

[1]) Précis du droit des gens, I, § 84. На практикѣ, однако, продолжаетъ М., „toutes les puissances s'entr'accordent aujourd'hui généralement en temps de paix la liberté de l'entrée, du passage et du séjour".

[2]) Le droit des gens, l. II, ch. VII, § 94 и ch. VIII, § 100.

[3]) Ср., напр., Schmelzing, Systematicher Grundriss des practischen europäischen Völkerrechts, § 168; Günther, Europäisches Völkerrecht in Friedeszeiten, Th. II, § 222; Klüber, Droit des gens, § 135.

[4]) Bès de Berc, De l'expulsion des étrangers, 1888, p. 21.

торжественно отъ принциповъ революціи, немедленно покинуть предѣлы имперіи [1]), и т. п. Къ аналогичнымъ мѣрамъ прибѣгало въ новѣйшее время правительство сѣверо-американскихъ штатовъ для борьбы съ конкуренціею китайскихъ laborers и, въ нѣсколько смягченной формѣ, Пруссія при выселеніи галичанъ и русскихъ подданныхъ польскаго происхожденія [2]).

§ 69. Изложенная точка зрѣнія на право государства по отношенію къ иностранцамъ должна была уступить мѣсто другому воззрѣнію, когда международный оборотъ получилъ особую интенсивность, а въ теоріи конструкція территоріи стала освобождаться отъ патримоніальной, грубо-цивилистической оболочки. Слѣдуетъ впрочемъ замѣтить, что уже Гуго Гроцій до извѣстной степени находился въ оппозиціи къ господствовавшимъ въ его время воззрѣніямъ по данному вопросу. Государство, по его мнѣнію, должно дозволять тѣмъ, которые перевозятъ товары или даже просто переѣзжаютъ черезъ его территорію, останавливаться въ странѣ — въ виду разстройства здоровья или по какому-нибудь другому законному основанію; точно также оно не въ правѣ отказывать въ гостепріимствѣ лицамъ, которыя, будучи изгнаны изъ своего отечества, ищутъ убѣжища въ его предѣлахъ—при томъ условіи, чтобы эти лица подчинялись установленнымъ порядкамъ и т. п. [3]).

Сѣмя, брошенное Гуго Гроціемъ, не заглохло. Обязанность государства въ извѣстныхъ случаяхъ принимать иностранцевъ и выселять ихъ лишь по законнымъ мотивамъ начинаетъ все больше и больше подчеркиваться въ литературѣ. Даже Vattel, стоящій на стражѣ абсолютнаго права государства, и тотъ допускаетъ цѣлый рядъ исключеній изъ

---

[1]) I Полн. Собр. Зак., №№ 17101, 17737, 17738, 18554.

[2]) Bès de Berc, op. cit., 21, 27.

[3]) De jure Belli ac Pacis, lib. II, cap. II, § 15, 1; § 16.

общаго имъ же установленнаго правила [1]). Со второй половины XIX столѣтія вопросъ получаетъ какъ разъ обратную постановку [2]). То что считалось раньше исключеніемъ, теперь признается общимъ правиломъ, и наоборотъ.

На самомъ дѣлѣ, съ точки зрѣнія современнаго правосознанія, ни одна цивилизованная держава не можетъ считать себя въ правѣ *принципіально* не допускать иностранцевъ въ свои предѣлы и *произвольно* ихъ изгонять. Государство, которое окружило бы себя, наподобіе Китая, неприступной стѣной или, слѣдуя примѣру античнаго міра, прибѣгло бы къ ксеналасіи, тѣмъ самымъ поставило бы себя внѣ международнаго права и общенія [3]). Произволу собственника, такимъ образомъ, въ данномъ случаѣ нѣтъ мѣста. Отказъ въ пріемѣ цѣлой группы иностранцевъ всегда долженъ имѣть какое-нибудь законное основаніе — и, равнымъ образомъ высылкѣ подлежатъ лишь отдѣльныя лица, оказывающіяся почему-либо опасными для государства. О массовомъ изгнаніи, а въ особенности произвольномъ, въ настоящее время не можетъ быть и рѣчи.

Эти начала, составляющія въ наши дни communis opinio doctorum [4]), начинаютъ проникать и въ положительныя законодательства цивилизованныхъ государствъ. Наилучшимъ

---

[1]) Op. cit., l. I, § 231. Нѣкоторые писатели поэтому даже считаютъ его предвозвѣстникомъ новаго направленія, см., напр., Chantre, Du séjour et de l'expulsion des étrangers, 1891, p. 25.

[2]) Противъ прежняго воззрѣнія съ особой энергіей выступилъ R. v. Mohl, Die Pflege der intern. Gemeinschaft als Aufgabe des Völkerrechtes, въ Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, I, S. 626 ff; ср. Contostaulos, De jure civitatis expellendi peregrinos, 1849, p. 23 seq.; Pinheiro-Ferreira, прим. къ Précis du dr. des gens Г. Ф. Мартенса, изд Vergé, 1864, I, p. 234; v. Bar, въ Journal du droit intern. privé, XIII, p. 13 et suiv.

[3]) Ср. Ф. Ф. Мартенсъ, Совр. межд. право, I, § 87.

[4]) См. Wharton, International Law, II, 516; Bès de Berc, op. cit., 30; Chantre, op. cit., passim; v. Martitz, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, I, S. 18: „Allerdings die unbedingte, als freies Souveränitätsrecht generell und willkürlich zu übende Befugniss das staatliche Territorium für alle Ausländern zu schliessen, Fremde aus dem Lande zu treiben, gesteht der

выраженіемъ современнаго правосознанія являются резолюціи Института международнаго права, принятыя на женевскомъ съѣздѣ 1892 г. [1]). Основное начало, лежащее во главѣ угла этихъ постановленій, заключается въ томъ, что законнымъ мотивомъ какъ для высылки, такъ и для отказа въ пріемѣ иностранца, можетъ служить только наличность извѣстной опасности отъ его пребыванія въ странѣ. Лишь въ томъ случаѣ, когда присутствіе въ государствѣ даннаго лица угрожаетъ общественной тишинѣ и спокойствію или по той или другой причинѣ способно принести особый вредъ приходящему съ нимъ въ соприкосновеніе населенію, правительство въ правѣ прибѣгнуть къ выселенію; удаленіе же изъ предѣловъ государства цѣлой группы лицъ допустимо только при исключительныхъ обстоятельствахъ [2]).

Такимъ образомъ современное положеніе вопроса какъ въ теоріи, такъ и на практикѣ, не даетъ рѣшительно никакихъ основаній для конструкціи права высылки какъ послѣдствіе права на территорію. Правомочія государства, въ данномъ случаѣ, не имѣютъ ничего абсолютнаго и — по крайней мѣрѣ теперь — не представляютъ никакого сходства съ правомочіями собственника по отношенію къ своему имуществу.

---

völkerrechtliche Verband heutzutage keinem seiner Mitglieder zu"; Gareis, Institution. des Völkerr., 2. Ausg., 1901, § 57; v. Bar, Theorie und Praxis des intern. Privatrechts, I, S. 294: „daher muss man für die Ausweisung Gründe fordern"; Weiss, Traité élém. de droit intern. privé, 2 éd., 1890, p. 35; Rivier, Principes du droit des gens, 1896, I, p. 311: „l'expulsion ne doit pas avoir lieu arbitrairement"; Bluntschli, Völkerrecht, §§ 381, 382; Piédelièvre, Précis de droit intern. public, 1894, I, p. 182; Bulmerincq, Völkerrecht, 1889, S. 240; Ullmann, Völkerrecht, 1898, S. 250.

[1]) См. Annuaire de l'Institut de droit intern., XII, p. 218 et suiv.

[2]) Ср. бельгійскій законъ 9 февр. 1885 г., ст. 1: l'étranger résidant en Belgique qui, par sa conduite compromet la tranquillité publique, ou celui qui est poursuivi ou qui a été condamné, à l'étranger, pour les crimes ou délits qui donnent lieu à l'extradition, peut être contraint par le Gouvernement... même de sortir du royaume. Ср. также Нидерландскій законъ 13 авг. 1847 г., и румынскій 18 апр. 1881 г.

ГЛАВА ОДИННАДЦАТАЯ.

МЕЖДУНАРОДНЫЕ СЕРВИТУТЫ.

§ 70. Понятію сервитута отведено было самостоятельное мѣсто въ публичномъ правѣ не ранѣе конца XVII вѣка. И до этого времени, само собою разумѣется, бывали случаи упражненія тѣхъ или другихъ правъ верховенства въ предѣлахъ чужихъ территорій, но доктрина рѣдко задавалась цѣлью выяснить юридическую природу такихъ отношеній, довольствуясь аналогіями изъ римскаго права и усматривая въ нихъ либо простое ограниченіе права собственности, dominii [1]), либо, какъ напр., Гуго Гроцій, договорныя отношенія [2]).

Терминъ „servitus juris publici" впервые введенъ былъ въ научный оборотъ Vitriarius'омъ [3]). Первыя же попытки дать этому понятію самостоятельную конструкцію принадлежатъ Elwert'у [4]) и Artopäeus'у [5])—юристамъ конца

---

[1]) См. весьма обстоятельную монографію Clauss, Die Lehre von den Staatsdienstbarkeiten, 1894, S. 34 ff., въ особенности S. 46.

[2]) Такъ Гроцій, говоря о foedera aequalia, упоминаетъ о договорахъ, которыми одинъ изъ контрагентовъ обязуется не строить крѣпостей „in confinio alterius", De J. B. ac P., l. II, cap. XV, § 6,3; среди foedera inaequalia онъ отмѣчаетъ такія, содержаніе, которыхъ заключается въ срытіи крѣпостей, въ обѣщаніи не возводить новыхъ, не увеличивать количества кораблей и т. п., ibid. § 7,3, – словомъ, такія явленія, которыя современной литературой какъ разъ подводятся подъ понятіе сервитута. Ср. l. II, cap. II, § 13.

[3]) Institutiones juris publici romano-germanici, 1686. См. Clauss, op. cit., 47.

[4]) De servitutibus sive juribus in aliorum territorio quaesitis, 1674.

[5]) Dissertatio de juris publici servitutibus, 1689.

XVII столѣтія. По опредѣленію перваго изъ нихъ „servitutes sunt conditiones seu jura quae quis habet specialia in alterius territorio salvo eius jure superioritatis ad patiendum, praestandum vel non faciendum aliquid constituta [1]).“ Для второго, публично-правовой сервитутъ есть „jus seu qualitas moralis, vi cujus territorium alienum extraneo utilitatem praestat, eiusque usibus inservit.“ При этомъ, jura majestatis никогда не могутъ быть предметомъ публичной повинности, а таковыя всегда направлены на jura fisci quae quasi ad Regem pertinent, т. е. на регаліи [2]).

Такимъ образомъ содержаніе новаго понятія у этихъ авторовъ совершенно цивилистическое; вся заслуга ихъ заключается въ томъ, что ими изъ области гражданскаго права перенесена была въ публичное категорія сервитута, примѣнительно къ самой Landeshoheit.

Примѣру Эльверта и Артопеуса не замедлили послѣдовать другіе юристы, и начало XVIII вѣка уже насчитываетъ цѣлый рядъ спеціальныхъ диссертацій, посвященныхъ разсматриваемому вопросу. Теорія публичныхъ сервитутовъ получила такимъ образомъ полное право гражданства въ германской юридической наукѣ. Этому способствовалъ феодально-патримоніальный строй тогдашнихъ отношеній и взглядъ на Landesherr'овъ какъ на собственниковъ, могущихъ отчуждать свои (вещныя) полномочія на территорію въ пользу третьихъ лицъ. Съ точки зрѣнія тѣхъ отношеній, которыя составляли характерную черту стараго режима, конструкція правъ суверена въ предѣлахъ территоріи другого какъ сервитутъ не представляла изъ себя ничего монстрознаго, а, напротивъ того, являлась вполнѣ умѣстною и соотвѣтственною.

§ 71. Что же касается доктрины международнаго права, то съ новымъ понятіемъ впервые сталъ оперировать

---

[1]) См. Clauss, op. cit., 51.

[2]) Clauss, ibid., 52.

вать въ этой области Engelbrecht[1]). По его мнѣнію, всѣ тѣ права, которыя принадлежатъ imperanti, правителю, въ чужой территоріи in modum servitutis, могутъ быть раздѣлены на двѣ категоріи: въ первую входятъ тѣ, кои ex luculentissima juris naturalis et gentium scaturigine dimanent et absque pacto hominum debeantur — это servitutes juris publici universalis sive juris gentium, т. е. права международнаго; ко второй же категоріи относятся тѣ права, которыя только conventione vel praescriptione vel alio modo acquiri possunt — ихъ Энгельбрехтъ называетъ servitutes juris publici particularis или сервитутами государственнаго права. Позднѣйшая литература воспользовалась этимъ дѣленіемъ и стала разрабатывать оба института самостоятельно. Оставляя въ сторонѣ государственно-правовыя повинности (ученіе о коихъ достигло своего наибольшаго развитія у Гённера)[2]), посмотримъ, какую форму съ теченіемъ времени приняла теорія Энгельбрехта о servitutes juris gentium.

Съ дальнѣйшею попыткою дать вопросу теоретическое обоснованіе мы встрѣчаемся у Chr. Wolff'a. Всякая нація, говоритъ онъ, оккупируя какую-нибудь страну, пріобрѣтаетъ не только imperium, но и dominium; подобно тому, какъ собственникъ можетъ предоставить другому любое право по отношенію къ своей вещи, государство въ правѣ установить въ своей территоріи сервитутъ въ пользу другой державы. Эти jura in re aliena совершенно тожественны съ правами въ чужой вещи, которыя установлены гражданскимъ (есте-

---

[1]) De servitutibus juris publici sive juribus praecipue in imperio Rom.-Germ. imperanti, in alterius territorio competentibus, 1715. См. Clauss, loc. cit. 55 seq.

[2]) N. Th. Gönner, Entwickelung des Begriffs und der rechtlichen Verhältnisse deutscher Staatsrechtsdienstbarkeiten, 1800. Этотъ авторъ строго различаетъ частные сервитуты, государственно- и международно-правовые и свое изслѣдованіе посвящаетъ исключительно вторымъ. Тѣмъ не менѣе всѣ почти международники ссылаются именно на него.

ственнымъ) правомъ; останавливаться спеціально на нихъ и создавать самостоятельную теорію нѣтъ никакой необходимости: „Istius modo enim jura pro servitutibus territorium haberi ex servitutes definitione patet, non igitur opus est, ut ad specialia descendamus“ [1]).

Такимъ образомъ для Вольфа понятіе международнаго сервитута непосредственно вытекаетъ изъ существа международнаго права, понимаемаго какъ частное, естественное право, перенесенное на отношенія между націями. Это ученіе, собственно говоря, и легло въ основаніе всей теоріи международныхъ повинностей. Въ общихъ чертахъ, оно повторяется и въ наши дни въ большинствѣ учебниковъ международнаго права, повсюду ему отводится болѣе или менѣе видное мѣсто и съ нимъ оперируютъ какъ съ чѣмъ-то совершенно безспорнымъ и опредѣленнымъ.

Однако, какъ ни проста общая схема, ближайшій анализъ отдѣльныхъ элементовъ разбираемаго понятія возбуждаетъ самое большое разномысліе среди изслѣдователей. Какъ только дѣло доходитъ до конструкціи, то дальше болѣе или менѣе туманныхъ аналогій съ гражданскимъ правомъ не идутъ. Но при этомъ приводятся различныя оговорки, которыя, въ сущности, подрываютъ все ученіе.

Остановимся нѣсколько на господствующихъ въ литературѣ мнѣніяхъ по разсматриваемому вопросу.

§ 72. Спорными, прежде всего, представляются самые способы установленія международныхъ сервитутовъ. Для однихъ писателей всѣ повинности основаны на договорѣ, для другихъ основаніемъ ихъ можетъ служить также и незапамятная давность. Третьи, наконецъ, признаютъ наличность еще естественныхъ междугосударственныхъ повинностей, коимъ подчинены данныя державы вслѣдствіе условій смежнаго существованія; въ качествѣ примѣровъ, при

---

[1]) Jus naturae, III, cap. 6, V, cap. 6 § 1267.

этомъ, указываютъ на рѣки, которыя, протекая черезъ владѣнія нѣсколькихъ государствъ, ни однимъ изъ нихъ не могутъ быть отклоняемы отъ своего естественнаго направленія во вреду другихъ [1]).

Къ этой послѣдней категоріи повинностей, однако, большинство новѣйшихъ авторовъ относится отрицательно. Указываютъ, и вполнѣ справедливо, что въ данномъ случаѣ налицо имѣются такого рода ограниченія государственной власти, которыя являются послѣдствіемъ самаго факта международнаго общенія и потому обязательны для всѣхъ членовъ его; что обязанность, лежащая на томъ или другомъ изъ государствъ, основана здѣсь на матеріальной правовой нормѣ и вытекаетъ изъ основныхъ началъ междугосударственной жизни [2]).

Еще болѣе спорнымъ и туманнымъ представляется самое юридическое очертаніе разсматриваемаго института. Mutatis mutandis, говорятъ, къ международнымъ сервитутамъ должны быть примѣряемы начала гражданскаго права, но, въ чемъ именно заключается это mutandum, до сихъ поръ представляется весьма мало выясненнымъ. Въ общемъ, говоритъ Holtzendorff, понятіе международной повинности приравнивается къ предіальному сервитуту, но тѣмъ не менѣе territorium serviens и territorium dominans могутъ и не быть смежными [3]).

Хотя, поясняетъ Rivier, и дозволительно примѣнять, по аналогіи, къ публичнымъ сервитутамъ принципы частнаго права, однако отсутствіе судьи и самая природа института исключаютъ возможность быть столь строгими и точными, какъ въ гражданскомъ правѣ; такъ, въ частности, не при-

---

[1]) См., напр., Ф. Ф. Мартенсъ, Соврем. межд. пр., I, § 94; Heffter, Völkerrecht, § 43; Fiore, Dr. intern. codifié, § 615.

[2]) См. Holtzendorff, въ Handbuch des Völkerrechts, II, S. 247; Bonfils, Manuel de dr. intern. public, 1894, p. 176; Clauss, op. cit., 147, и мн. др.

[3]) Loc. cit.

мѣнимы къ международнымъ сервитутамъ постановленія римскаго права, касающіяся terminus и conditio [1]).

Такимъ образомъ публично-правовая повинность сходна съ частной, но, тѣмъ не менѣе, между обоими институтами имѣется существенная разница. Выяснить же, въ чемъ состоитъ эта послѣдняя — предлагается каждому догадаться; если и существуютъ какія-либо положительныя международныя нормы по этому предмету, то во всякомъ случаѣ научному изслѣдованію поймать ихъ въ свои сѣти пока еще не удалось.

Указанное разномысліе, однако, само по себѣ еще не подрываетъ ученія о международныхъ повинностяхъ. Въ мірѣ правовыхъ концепцій споры и борьба мнѣній — обычное явленіе, и теоретическая невыясненность какого-либо института не служитъ еще доказательствомъ непригодности тѣхъ понятій, на коихъ онъ основанъ.

Болѣе серіозное значеніе имѣетъ, въ данномъ отношеніи, разноголосица по вопросу о предметѣ публичныхъ сервитутовъ. Согласно довольно распространенному и по сіе время воззрѣнію, содержаніемъ международныхъ повинностей являются всякаго рода длящіяся ограниченія верховныхъ правъ одного государства въ пользу другого. Такъ, напр., Klüber опредѣляетъ международный сервитутъ какъ „основанное на спеціальномъ титулѣ право, которое ограничиваетъ свободу одного государства въ пользу другого, не посягая на суверенитетъ“ [2]). Точно также Hartmann утверждаетъ, что „всякое верховное право государства (Hoheitsrecht) можетъ быть предметомъ сервитута“ [3]).

Съ этой точки зрѣнія устраняется возможность дать понятію международной повинности какое бы то ни было опредѣленное очертаніе. Самое выдѣленіе его въ особую

---

[1]) Principes du dr. des gens, I, 297, 298.

[2]) Droit des gens, § 137.

[3]) Institut. des Völkerrechts, 2 Ausg., 1878, S. 180; ср. Calvo, Le droit intern., 4 éd. 1888, III, § 1583, у котораго все ученіе о серв. излагается въ отдѣлѣ о межд. договорахъ.

категорію представляется безплодной затѣею, такъ какъ, строго говоря, каждая международно-правовая норма влечетъ за собою, такъ или иначе, ограниченіе произвола государства. Всякій договоръ, налагая на контрагентовъ извѣстныя обязанности, связываетъ и ограничиваетъ ихъ волю. Поэтому, если желательно отмежевать для понятія сервитута особое мѣсто въ системѣ юридическихъ категорій, то необходимо снабдить его такими признаками, которыми оно отличалось бы отъ другихъ, аналогичныхъ ему, явленій.

Большею научною цѣнностью обладаетъ другое воззрѣніе, въ настоящее время несомнѣнно господствующее въ литературѣ, которое въ международныхъ сервитутахъ усматриваетъ ограниченіе не верховенства вообще, а территоріальной власти даннаго государства[1]). Такая постановка вопроса находится въ тѣсной связи съ взглядомъ на территорію какъ на объектъ вещнаго права государства; если территорія есть вещь, то, само собою разумѣется, вполнѣ мыслимы и права въ чужой вещи. И наоборотъ, если возможно доказать, что въ области междугосударственныхъ отношеній существуютъ такія явленія, существенные признаки которыхъ совпадаютъ съ частно-правовыми jura in re aliena, то этимъ самымъ будетъ доказано, что и территорія носитъ характеръ не только пространственнаго предѣла, но и объекта властвованія государства. Но какъ мы сейчасъ увидимъ, признать за тѣми формаціями, которыя обыкновенно носятъ въ литературѣ названіе международныхъ сервитутовъ, характеръ вещныхъ ограниченій, не представляется рѣшительно никакихъ основаній.

---

[1]) Clauss, op. cit., 148: Staatsservituten sind... dauernde durch speciellen Vertrag — bezw. unvordenklichen Besitz — geschaffene Beschränkungen der Gebietshoheit eines Staates gegenüber einem andern Staat. Ср. Ф. Ф. Мартенсъ, loc. cit.; Brie, s. v. „Staatsdienstbarkeiten“ въ v. Stengels Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts, II, S. 573; Rivier, Principes, I, p. 297; Bonfils, Manuel, p. 344; Ullmann, Völkerrecht, S. 204 ff.; Fiore, Le droit intern. codifié, § 615 (ограниченіе domaine éminent государства) и мн. др.

§ 73. Съ конструктивной точки зрѣнія, международный сервитутъ долженъ мыслиться какъ jus in re aliena, т. е. какъ право государства упражнять въ предѣлахъ другого именно вещныя права, извѣстную часть чужой территоріи считать, въ томъ или другомъ отношеніи, своею. При этомъ упомянутое право должно быть связано съ самой территоріей и раздѣлять судьбу этой послѣдней, независимо отъ того, кто въ данную минуту властвуетъ надъ ней,—другими словами, территорія должна оставаться обремененной сервитутомъ даже въ томъ случаѣ, если она будетъ завоевана третьимъ государствомъ или ему уступлена.

Схема эта, однако, представляется ясной и простой только на первый взглядъ. При ближайшемъ разсмотрѣніи, въ ней скрывается непримиримое внутреннее противорѣчіе, лишающее ее всякаго значенія.

На самомъ дѣлѣ и съ точки зрѣнія господствующей доктрины территоріальное верховенство не представляется совокупностью вещныхъ правъ, принадлежащихъ государству; оно мыслится какъ сама государственная власть, упражняемая въ извѣстныхъ предѣлахъ, содержаніемъ же права государства на свою территорію является собственность высшаго порядка. На этомъ мы подробно останавливались выше. Но если это такъ, то ограниченію — вещному — можетъ подлежать именно это „публично-вещное“ право государства надъ территоріей какъ таковою, но не какія бы то ни было другія его права. Поэтому, о повинности рѣчь можетъ итти только въ томъ случаѣ, когда государство отказывается отъ такой функціональной дѣятельности, которая является упражненіемъ права надъ территоріей, его осуществленіемъ, или же, наоборотъ, когда оно получаетъ возможность упражнять въ чужихъ предѣлахъ такое право.

Пояснимъ нашу мысль примѣромъ. Государство *А*, обладая „публично-вещнымъ“ верховенствомъ надъ своей территоріей, въ силу таковогo упражняетъ въ ея предѣ

лахъ право α; если оно откажется отъ этого права въ пользу *B*, то ограниченіе верховенства *A* въ данномъ случаѣ можно конструировать какъ сервитутъ, чего нельзя сдѣлать, если отказъ имѣетъ своимъ предметомъ функцію β, не вытекающую изъ правомочій надъ территоріей (объектомъ). Болѣе конкретно: въ государствѣ *A* имѣются незаселенныя пространства; допустимъ, вмѣстѣ съ Лабандомъ и Арндтомъ [1]), что право власти надъ такими пространствами вытекаетъ изъ вещнаго характера территоріальнаго верховенства; представимъ себѣ дальше, что *A* обязуется передъ *B* не занимать этихъ пустырей, не возводить построекъ и т. п.: налицо будетъ международно-правовая повинность.

Такимъ образомъ, если стать на точку зрѣнія господствующаго ученія, междугосударственный сервитутъ можетъ имѣть своимъ предметомъ только то право собственности второго порядка, которое принадлежитъ государству надъ его матеріальнымъ субстратомъ. Ограниченіе dominium перваго порядка, будь то публичная или частная собственность, такого сервитута составить не можетъ, такъ какъ отношенія въ данномъ случаѣ будутъ вращаться не въ сферѣ надгосударственнаго, а внутренняго права.

Такова единственно-возможная схема, если взглянуть на дѣло подъ угломъ зрѣнія классическаго направленія. Справедливость требуетъ, однако, признать, что въ литературѣ приведенная постановка вопроса игнорируется совершенно. Анализа понятія сервитута мы здѣсь не встрѣтимъ вовсе; дѣло ограничивается аналогіями изъ гражданскаго права, и никто изъ писателей не задается вопросомъ, что собственно составляетъ предметъ международныхъ повинностей. Между тѣмъ — это основной вопросъ всего ученія; не отвѣтивъ на него, немыслимо дать какую-либо опредѣленную конструкцію занимающему насъ институту.

---

[1]) См. выше стр. 201.

Такимъ образомъ, междугосударственный сервитутъ логически мыслимъ лишь какъ ограниченіе права собственности второго порядка, принадлежащаго государству надъ своей территоріей. Но стоитъ только вдуматься въ истинный смыслъ этой формулы, чтобы убѣдиться въ полной несостоятельности теоріи международныхъ повинностей. На самомъ дѣлѣ, эти послѣднія, само собою разумѣется, могутъ заключаться только въ ограниченіи внутренняго права государства (въ противуположность внѣшнему, международно-правовымъ притязаніямъ). Но, какъ мы выше убѣдились, теорія собственности второго порядка въ области внутренне-правовыхъ правомочій государства имѣетъ исключительно академическое значеніе. Отъ права государства на свою территорію современная доктрина публичнаго права никакихъ практическихъ консеквенцій не выводитъ. Тѣ отдѣльныя „послѣдствія“ вещнаго характера территоріальнаго верховенства, которыя иногда находятъ себѣ мѣсто въ литературѣ (право на adespota, экспропріація и т. п.) принадлежатъ, какъ мы видѣли, къ совершенно другому кругу понятій [1]) и едва ли могутъ конструироваться какъ проявленіе присущаго государству права собственности, хотя бы и второго порядка. Вся конструкція „публично-вещнаго“ права, даже въ глазахъ завзятыхъ ея сторонниковъ, нужна только для объясненія международныхъ отношеній, — въ сферѣ внутренняго правового оборота она лишена всякаго практическаго смысла, такъ какъ ея не предполагаетъ нынѣ ни одинъ изъ институтовъ положительнаго государственнаго права. Но само собою очевидно, что сервитутъ не можетъ заключаться въ ограниченіи какого-либо международно-правового притязанія, такъ какъ въ этомъ случаѣ онъ терялъ бы свой наиболѣе существенный признакъ, именно вещный характеръ.

---

[1]) Къ тому же большинство изъ нихъ, напр., право объявлять мѣстность въ осадномъ положеніи, повелѣвать иностранцамъ и т. п., по существу своему вовсе и не могли бы составить предметъ международной повинности.

§ 74. Цѣлью нашей аргументаціи было показать, что первичная предпосылка ученія о международныхъ сервитутахъ — вещная конструкція территоріальнаго верховенства — не даетъ надлежащей почвы для построенія этого института. Для оправданія его, пришлось бы перенестись въ ту эпоху, когда верховенство мыслилось какъ совокупность правомочій, имѣющихъ своимъ объектомъ не территорію какъ таковую, а составныя ея части, предметы внѣшняго міра. Но отъ этого взгляда современная наука ушла далеко и къ нему, надо думать, никогда не вернется. Между тѣмъ, только при немъ возможно дать понятію „jus in territorio alieno“ сколько-нибудь опредѣленное очертаніе.

Борьбу противъ международныхъ повинностей, впрочемъ, можно повести и съ другой точки зрѣнія [1]). Можно доказывать, что длящійся характеръ сервитутнаго ограниченія верховенства несовмѣстимъ съ условіями международной жизни и противорѣчитъ началу независимости и суверенитета государства въ сферѣ международныхъ отношеній. Такъ поступаетъ, напр., Фрикеръ [2]). Не подлежитъ сомнѣнію, говоритъ этотъ авторъ, что государство можетъ, на основаніи соглашенія, допустить другую державу къ упражненію тѣхъ или другихъ правъ въ предѣлахъ своей территоріи. Но совсѣмъ другая картина получается въ томъ случаѣ, когда два государства путемъ договора условливаются на будущее время мѣшать третьимъ, неопредѣленнымъ государствамъ,

[1]) Мы не приводимъ той аргументаціи, которая заключается въ отрицаніи межд. сервитутовъ на томъ основаніи, что территорія не есть объектъ властвованія, а лишь его пространственный предѣлъ. Такъ, между прочимъ, поступаетъ Листъ, назв. соч., стр. 72 и 166. Само собой разумѣется, что если территоріальное верховенство не имѣетъ вещнаго характера, то отпадаетъ и возможность вещнаго его ограниченія. Но дѣло въ томъ, что спорна какъ разъ конструкція территоріи, и сторонники классическаго направленія ссылаются именно на существованіе межд. повинностей какъ на доказательство правильности своего воззрѣнія. Необходимо поэтому показать, что разсматриваемое понятіе несостоятельно само по себѣ. Иначе получится безысходный кругъ.

[2]) Gebiet, etc., S. 71.

осуществлять ихъ задачи или ихъ ограничивать въ томъ или другомъ отношеніи. Неужели третья, не участвовавшая въ договорѣ, держава будетъ связана этимъ соглашеніемъ и порожденнымъ имъ ограниченіемъ ея правъ? Когда собственникъ, отчуждая участокъ земли въ пользу другого лица, дѣлаетъ это подъ извѣстнымъ условіемъ, то здѣсь нѣтъ ничего ненормальнаго. Иначе обстоитъ дѣло при отчужденіи территоріи. Уступка ея не можетъ быть сравнена съ перенесеніемъ собственности на ту или другую вещь. Поэтому и уступка территоріи относится къ установленію въ ея предѣлахъ публичной повинности совершенно иначе, чѣмъ отчужденіе недвижимой вещи къ обремененію таковой частноправовымъ сервитутомъ: уступка территоріи не препятствуетъ государству преслѣдовать въ предѣлахъ данной части земной поверхности свои задачи, тогда какъ установленіе сервитута (стѣсняя каждую державу, которая утвердится на этой территоріи) дѣйствительно является помѣхой въ достиженіи этихъ цѣлей [1]).

Для Фрикера, такимъ образомъ, институтъ международныхъ повинностей противорѣчилъ бы началу независимости государствъ: установленныя двумя державами ограниченія въ силу своей вещности были бы независимы отъ личности держателя территоріи въ данный моментъ, и потому, переходя къ каждому новому владѣльцу (суверену), тѣмъ самымъ связывали бы государства, въ соглашеніи не участвовавшія [2]).—

---

[1]) „Die Abtretung des ganzen Gebiets ist für die Aufgabe des Staats in dem betreffenden Erdraum keine Hemmung, wohl aber die Bestellung einer Staatsservitut."

[2]) Косвенное подтвержденіе справедливости мнѣнія Фрикера даетъ слѣдующій фактъ. На основаніи дог. 26 іюня 1803 г. Швеціей заложенъ былъ герцогству Мекленбургъ-Шверинскому, срокомъ на 100 лѣтъ, г. Висмаръ и прилегающія къ нему области (подробно объ этомъ см. ниже гл. XII). На герцогство при этомъ было перенесено временное, „узуфруктное" владѣніе, при чемъ спеціально было оговорено (ст. XV), что „S. M. le roi de Suède se trouvant engagé par une ancienne stipulation encore subsistante avec une autre puissance de ne jamais fortifier la ville et le port de Vismar de quelque

Сами по себѣ эти соображенія представляются намъ совершенно правильными. Нѣтъ сомнѣнія, что въ сферѣ гражданскаго оборота длящееся вещное ограниченіе правъ собственника можетъ быть наложено только въ силу нормы положительнаго права; между тѣмъ, соотвѣтственныхъ объективныхъ велѣній въ надгосударственномъ правѣ не имѣется вовсе,—по крайней мѣрѣ никому до сихъ поръ не удалось еще доказать ихъ существованіе. Всякое ограниченіе территоріальнаго верховенства зиждится поэтому на обоюдномъ согласіи сторонъ,—но это соглашеніе, какъ res inter alios acta, должно терять силу и значеніе какъ только произойдетъ перемѣна въ субъектахъ его. Вещнаго, сервитутнаго характера оно носить не можетъ.

Это приводитъ насъ къ разсмотрѣнію тѣхъ аргументовъ, которыми въ литературѣ стараются оправдать ученіе о междугосударственныхъ повинностяхъ.

§ 75. Строго говоря, эти аргументы отличаются крайней скудостью. Важнѣйшимъ, чтобы не сказать единственнымъ, служитъ указаніе на то, что въ случаѣ уступки территоріи, обремененной сервитутомъ, послѣдній не прекращаетъ своего существованія, а напротивъ того, praedium dominans —управомоченное государство — сохраняетъ всѣ свои права.

Подобное соображеніе, однако, едва ли способно пролить свѣтъ на вопросъ, такъ какъ оно основано, главнымъ образомъ, на недоразумѣніи. Дѣло въ томъ, что, если какое-ни-

---

manière et sous quelque prétexte que ce puisse être; et les hautes parties contractantes étant persuadées q u'u n e c e s s i o n h y p o t h é c a i r e n e s a u r a i t i n v a l i d e r c e t t e o b l i g a t i o n s t i p u l é e p a r u n t r a i t é a n t é r i e u r; à ces causes S. A. S. le duc de Meckl.-Schw. transfère ladite obligation de S. M. suédoise pleinement et entièrement sur sa personne, et sur celle de ses descendants, pendant toute la durée du terme hypothécaire". Договаривающіяся стороны, такимъ образомъ, считаютъ, что обязательство не укрѣплять Висмара переходитъ къ его новому владѣльцу только потому, что въ данномъ случаѣ имѣется залогъ, а не уступка. Отсюда слѣдуетъ, что при настоящей уступкѣ, переносящей полностью территоріальное верховенство, всякія ограниченія ея должны отпасть.

будь ученіе въ области международнаго права и отличается спорностью и шаткостью, то это какъ разъ теорія территоріальныхъ измѣненій и ихъ юридическихъ послѣдствій. Въ частности, наибольшія сомнѣнія возбуждаетъ вопросъ о вліяніи этихъ измѣненій на существующія договорныя отношенія. По этому поводу мы въ литературѣ находимъ діаметрально противоположныя воззрѣнія [1]): тогда какъ одни писатели утверждаютъ, что, въ принципѣ, всѣ международныя права и обязанности, бывшія за „умершимъ" государствомъ, переходятъ къ „наслѣднику", другіе стремятся доказать, что смерть государства уничтожаетъ всѣ связывавшіе его трактаты и что поэтому послѣдніе къ государству-наслѣднику не переходятъ. Въ одномъ только пунктѣ сходятся, обыкновенно, представители обоихъ направленій: это — въ опредѣленіи силы и значенія тѣхъ договоровъ, которые, при частичной уступкѣ территоріи, касаются спеціально уступаемаго участка и, такъ сказать, лежатъ на немъ. Эти договоры, говорятъ, продолжаютъ быть въ силѣ потому, что ими установляется вещное право на территорію, тотъ или иной сервитутъ. Получается такимъ образомъ безысходный кругъ: трактаты потому переходятъ къ новому пріобрѣтателю, что они предметомъ своимъ имѣютъ международную повинность, международныя же повинности или ограниченія верховной власти цедента потому носятъ вещный характеръ, что къ соблюденію ихъ обязанъ цессіонарій.

И изъ этого circulus vitiosus возможно было бы выйти лишь доказавъ либо самостоятельное значеніе понятія междугосударственнаго сервитута, либо, что всѣ договоры, касающіеся территоріи, переходятъ на цессіонарія въ силу какой-нибудь нормы объективнаго надгосударственнаго права. На этотъ путь, однако, ни одинъ изъ изслѣдователей пока не вступилъ и наличность такой нормы не только по сіе время

[1]) На этомъ вопросѣ мы ниже подробно остановимся; пока ограничиваемся указаніемъ двухъ главнѣйшихъ теченій въ литературѣ.

15

не констатирована, но, напротивъ того, можно смѣло утверждать, что ея не существуетъ вовсе.

На самомъ дѣлѣ, какъ совершенно справедливо замѣчаетъ Листъ: „если бы, напр., Россія получила право содержать на французскомъ островѣ угольную станцію, а потомъ Англія пріобрѣтетъ этотъ островъ, то совсѣмъ нельзя утверждать, что пріобрѣтатель территоріи, отягощенной указаннымъ правомочіемъ, уже самымъ фактомъ пріобрѣтенія вступитъ въ обязательства своего предшественника. Въ подобномъ случаѣ скорѣе можно говорить объ обязанности отчуждающей стороны вознаградить государство, которое имѣло раньше правомочіе, если только это государство не отказалось отъ своего права открыто или молчаливо, тѣмъ, что безъ оговорокъ согласилось на переходъ территоріальной власти къ другому государству“ [1]).

Такимъ образомъ, утверждать, что всякое ограниченіе верховной власти, такъ или иначе связанное съ территоріей, переходитъ на цессіонарія, представляется невозможнымъ; это положеніе ни въ коемъ случаѣ не можетъ считаться само собою разумѣющимся или непосредственно вытекающимъ изъ какой-либо объективной нормы. Этимъ, однако, мы не хотимъ сказать, чтобы упомянутыя ограниченія всегда отпадали при перемѣнѣ въ субъектахъ отношенія; напротивъ того, въ весьма многочисленныхъ случаяхъ они обязательно должны остаться въ силѣ, но вовсе не потому, что представляютъ изъ себя сервитуты, а по совершенно другимъ основаніямъ [2]).

§ 76. Спрашивается, однако, какъ же быть съ тѣми территоріальными ограниченіями, которыя въ литературѣ носятъ названіе международныхъ повинностей? Какова ихъ юридическая структура и къ какому типу правоотношеній слѣдуетъ ихъ отнести?

---

[1]) Назв. соч., стр. 72.

[2]) См. послѣдующее изложеніе, ученіе объ уступкѣ территорій.

Для разрѣшенія этихъ вопросовъ остановимся вкратцѣ на нѣкоторыхъ изъ наиболѣе часто приводимыхъ и яркихъ случаевъ такъ называемыхъ международныхъ сервитутовъ.

Прежде всего, мы рѣшительно должны отвергнуть всякій вещный характеръ за тѣми ограниченіями права юрисдикціи государства, которыя основаны на капитуляціяхъ [1]). Право суда надъ иностранцами ни въ коемъ случаѣ не можетъ разсматриваться какъ территоріальное право, какъ послѣдствіе права собственности надъ территоріей, ибо его упражненіе мыслимо и на чужой территоріи и въ предѣлахъ никому не принадлежащихъ земель. Не можетъ быть никакого сомнѣнія въ томъ, что капитуляціонныя ограниченія носятъ чисто-обязательственный характеръ и при переходѣ данной территоріи во власть цивилизованнаго государства должны eo ipso отпадать. Это положеніе подтверждается положительными фактами изъ новѣйшей дипломатической исторіи.

Такъ, напр., Италія немедленно послѣ занятія Массовы отмѣнила всѣ дѣйствовавшія здѣсь капитуляціи. Правда, державы противъ этого протестовали — но только на томъ основаніи, что оккупація въ данномъ случаѣ носила лишь фактическій, временный характеръ. Взглядъ Криспи [2]), что капитуляціи перестали дѣйствовать ipso facto, въ силу послѣдовавшей со стороны Италіи оккупаціи, самъ по себѣ никакой оппозиціи не встрѣтилъ,—напротивъ того, французское правительство expressis verbis признало его правильность [3]); всѣ возраженія другихъ державъ были исключительно построены на отрицаніи самого права Италіи на занятіе Массовы, какъ стоявшей подъ суверенитетомъ Турціи. Точно

[1]) См. Ф. Ф. Мартенсъ, loc. cit.

[2]) Высказанный имъ въ нотѣ отъ 25 іюля 1888 г., см. Archives diplomatiques, 1889, t. XXXII, p. 96; ср. Catellani, La politique coloniale de l'Italie, въ Revue de dr. intern., t. XVII; Kiatibian, Conséquences juridiques des transformations territoriales, 1892, p. 161 et suiv.

[3]) Kiatibian, op. cit., 166.

также въ уступленныхъ Франціи и Россіи частяхъ Оттоманской территоріи капитуляціи превратили свое существованіе со дня уступки.

Нѣсколько болѣе сложнымъ представляется вопросъ о правѣ, предоставляемомъ иногда одними государствами другимъ, занимать, въ случаѣ наступленія извѣстныхъ обстоятельствъ, ту или другую часть территоріи.

Такъ, согласно ст. 92 Вѣнскаго трактата 1815 г., на провинціи Шаблэ и Фосиньи, принадлежавшія въ то время Сардиніи, былъ распространенъ нейтралитетъ Швейцаріи; на этомъ основаніи было постановлено, что всякій разъ какъ пограничныя съ Швейцаріей державы будутъ находиться въ состояніи войны, или если таковая будетъ угрожать, сардскія войска, которыя могли бы оказаться налицо въ названныхъ провинціяхъ, удалятся, для каковой цѣли имъ, въ случаѣ необходимости, разрѣшено пройти черезъ территорію Валлисскаго кантона.

Въ 1860 году Шаблэ и Фосиньи были, какъ извѣстно, уступлены Франціи, а въ 1883 г. произошелъ инцидентъ, поставившій ребромъ вопросъ о юридическомъ положеніи этихъ провинцій. А именно въ Швейцарскихъ правительственныхъ сферахъ разнесся слухъ, что Франція, собирается возвести укрѣпленія на горѣ Вюашъ (mont Vuache), расположенной въ предѣлахъ нейтрализованной полосы. Федеральное правительство обратилось къ Парижскому кабинету съ запросомъ, указывая на то, что обязательства Сардиніи были перенесены Туринскимъ трактатомъ на Францію и что послѣдняя должна считаться связанной ст. 92 Вѣнскаго трактата. Французское правительство поспѣшило успокоить Швейцарскій союзный совѣтъ и дало увѣреніе, что оно въ указанномъ мѣстѣ не собирается вовсе возводить укрѣпленій. Инцидентъ, такимъ образомъ, былъ исчерпанъ, но принципіально вопросъ оказался не разрѣшеннымъ, благодаря чему

въ литературѣ возникъ довольно оживленный споръ [1]). Для однихъ писателей Францiя можетъ считать себя свободной отъ какихъ бы то ни было ограниченiй въ данной полосѣ, такъ какъ нейтрализацiя Савойи установлена была будто бы исключительно въ интересахъ Сардинiи; поэтому, съ переходомъ Шаблэ и Фосиньи къ Францiи, исчезъ всякiй raison d'être для какого бы то ни было исключительнаго положенiя этихъ областей. Для другихъ нейтрализацiя этихъ послѣднихъ, составляя истинное сервитутное ограниченiе, должна была остаться въ силѣ и послѣ Туринскаго трактата, такъ что Францiя, съ этой точки зрѣнiя, и понынѣ связана 92 ст. Вѣнскаго акта.

По существу намъ представляется безусловно вѣрнымъ второе изъ указанныхъ воззрѣнiй. Въ чьихъ интересахъ нейтрализована была Савойя, кто отъ этого получилъ выгоду — для юридической стороны вопроса совершенно безразлично, такъ какъ настоящее ограниченiе установлено объективной правовой нормой. Поэтому этотъ мотивъ, самъ по себѣ, не можетъ развязать Францiи руки и оправдать какiя бы то ни было нарушенiя этой державой нейтралитета названныхъ областей. Все дѣло сводится къ тому, **перешла** ли на Францiю установленная Вѣнскимъ трактатомъ обязанность для государства, обладающаго Шаблэ и Фосиньи. На этотъ вопросъ мы должны дать безусловно утвердительный отвѣтъ, — но вовсе не потому, чтобы въ данномъ случаѣ былъ налицо сервитутъ, а на томъ основанiи, что Вѣнскiй договоръ былъ подписанъ также и Францiей, признавшей для себя, такимъ образомъ, обязательнымъ постановленiе 92 статьи. Переходъ территорiи отъ одной державы къ другой, въ данномъ случаѣ, ничего не измѣнилъ: Францiя, также какъ и Сардинiя,

---

[1]) Объ немъ см. Kiatibian, op. cit., p. 38 seq.; Brunet, Conséquences juridiques de l'annexion de la Savoie et de Nice à la France, 1890, p. 13 et suiv.; Clauss, op. cit., p. 8 seq.; Schweizer, Die schweizerische Neutralität., III, 1895, S. 934.

гарантировала нейтралитетъ Савойи, Туринскій же трактатъ 1860 года ея отъ взятой на себя обязанности, конечно, не освободилъ.

Такіе случаи коллективной гарантіи извѣстнаго положенія вещей въ сферѣ международныхъ отношеній — весьма частое явленіе. Когда данное ограниченіе верховенства относится къ какой-либо части территоріи, то оно, само собою разумѣется, слѣдуетъ судьбѣ этой послѣдней, если только она не выходитъ изъ круга державъ, взявшихъ на себя гарантію.

Такъ, напр., — чтобы остановиться еще на одномъ случаѣ, приводимомъ въ литературѣ въ качествѣ классическаго примѣра международной повинности, — ст. 3 п. 1 Парижскаго трактата 1815 г. постановлено было, что такъ какъ укрѣпленія Гюнингена всегда составляли предметъ заботъ для г. Базеля, то высокія договаривающіяся державы согласились, что укрѣпленія Гюнингена будутъ срыты, и французское правительство на этомъ же основаніи обязуется никогда ихъ не возстановлять и вообще не возводить никакихъ новыхъ укрѣпленій на разстояніи, не превышающемъ трехъ французскихъ миль отъ г. Базеля. Въ 1871 г., по Франкфуртскому миру, Гюнингенъ перешелъ во власть Германіи; благодаря этому возникъ вопросъ, связана ли эта послѣдняя держава изложеннымъ постановленіемъ Парижскаго мира? Отвѣтъ въ литературѣ дается — едва ли не единогласно — утвердительный, и на нашъ взглядъ вполнѣ правильно: для Германіи постановленія 1815 г. обязательны въ той же мѣрѣ, что и для Франціи, поэтому перемѣна въ лицѣ владѣльца не могла отразиться на международномъ положеніи Гюнингена. Иное дѣло было бы, если бы этотъ городъ перешелъ во власть державы, не подписавшей Парижскаго договора, напр., Японіи: обязательство для нея не было бы дѣйствительно, и сохраненіе или отмѣна упомянутаго ограниченія зависѣли бы отъ ея доброй воли.

Точно также, во всѣхъ тѣхъ, довольно многочисленныхъ, случаяхъ, когда на какое-либо государство налагается въ общихъ интересахъ и путемъ установленія той или другой нормы на международномъ конгрессѣ какое-либо ограниченіе, послѣднее сохраняетъ силу, несмотря ни на какія территоріальныя измѣненія, лишь бы только таковыя не имѣли своимъ послѣдствіемъ переходъ даннаго участка къ державѣ, не принимавшей участія въ конгрессѣ. Такъ, всѣ постановленія Берлинскаго трактата 1878 г., касающіяся срытія крѣпостей въ различныхъ областяхъ и т. п., обязательны для всѣхъ государствъ, подписавшихъ договоръ, — но для третьихъ державъ они, само собою разумѣется, никакой силы не имѣютъ. Во всѣхъ этихъ и тому подобныхъ ограниченіяхъ верховенства государства можно видѣть только чисто-обязательственныя отношенія, связывающія однихъ контрагентовъ и не носящія рѣшительно никакого вещнаго характера.

Разберемъ еще одинъ изъ типичныхъ случаевъ, такъ называемыхъ, международныхъ сервитутовъ, именно вопросъ о рыбной ловлѣ на берегахъ Ньюфаундлэнда [1]).

На основаніи Утрехтскаго трактата 1713 года, этотъ островъ уступленъ былъ Франціей Великобританіи, при чемъ, однако, за французскими подданными сохранено было право ловить и сушить рыбу, а также возводить нужныя для этого сооруженія въ опредѣленныхъ частяхъ побережья острова (т. наз. French Shore); англійскіе же подданные этого права были лишены. Постановленія Утрехтскаго трактата были подтверждены Парижскимъ договоромъ 1763 г. и являются дѣйствующими и по сіе время [2]).

Въ прошломъ столѣтіи, однако, указанное положеніе

---

[1]) См. Clauss, op. cit., 17 seq.; Moncharville, La question de Terre-Neuve, въ Rev. gén. de dr. intern. public, VII, 1899, p. 141 et suiv.

[2]) Границы French Shore были нѣсколько измѣнены Версальскимъ договоромъ 1783 г.

вещей стало порождать все чаще и чаще столкновенія между туземцами и французскими рыбаками [1]) и привело къ довольно острому конфликту между Сенъ-Джемскимъ и Парижскимъ кабинетами, до сихъ поръ еще окончательно не разрѣшенному. Это послужило поводомъ къ разсмотрѣнію вопроса о положеніи French Shore съ юридической точки зрѣнія, при чемъ въ исключительномъ правѣ французовъ заниматься рыбной ловлей былъ усмотрѣнъ многими сервитутъ.

Для такого вывода, однако, на нашъ взглядъ не представляется положительно никакихъ основаній. На самомъ дѣлѣ, суть установленнаго договорами 1713 и 1763 гг. отношенія между Франціей и Англіей заключается въ монополіи рыбной ловли предоставленной французскимъ подданнымъ въ извѣстной части Ньюфаундлэнда. Ограниченія территоріальнаго верховенства, ни даже просто верховенства, тутъ нѣтъ никакого; все дѣло ограничивается льготой, дарованной частнымъ лицамъ, весьма схожей съ тѣми привилегіями, которыми въ былое время иностранцы пользовались на Руси. Такъ, напр., русскимъ правительствомъ заключена была въ 1698 г. съ лордомъ Кармартеномъ конвенція, на основаніи которой этотъ послѣдній обязался ввозить въ Московское государство ежегодно не менѣе 300 бочекъ „травы никоціаны", при чемъ „никому иному, ни подъ какимъ предлогомъ въ государствахъ и земляхъ Его Царскаго Величества никоціану садить и растить и инымъ какимъ ни есть людямъ привозить позволено не будетъ" [2]). Постановленіе это, по существу, вполнѣ сходно съ тѣмъ, которое узаконяетъ право французовъ ловить рыбу на French Shore: мыслимо ли, однако, утверждать, чтобы предоставленная

---

[1]) Англичане стали заниматься ловлею омаровъ въ предѣлахъ French Shore, утверждая, что этотъ промыселъ, какъ не предусмотрѣнный Утрехтскимъ трактатомъ, не можетъ составлять монополіи французовъ.

[2]) Ф. Мартенсъ, Собраніе трактатовъ, заключенныхъ Россіею, т. IX (X), 1892, стр. 3.

Кармартену привилегія обработки „травы никоціаны“ составляла сервитутъ, вещное ограниченіе державныхъ правъ Московскаго государства? Если дать на этотъ вопросъ утвердительный отвѣтъ, то придется признать, что вообще всѣ договоры о водвореніи иностранцевъ, всѣ консульскія конвенціи и торговые трактаты, обезпечивающіе за подданными договаривающихся державъ тѣ или другія права, преслѣдуютъ цѣль установленія цѣлой сѣти международныхъ повинностей, плотно окутывающую всѣ современныя культурныя государства...

§ 77. При ближайшемъ анализѣ, такимъ образомъ, всѣ классическіе примѣры интернаціональныхъ сервитутовъ оказываются простыми договорными отношеніями, не имѣющими ничего общаго съ jura in re aliena.

То обстоятельство, что нѣкоторыя изъ такихъ ограниченій верховенства государства способны, въ извѣстныхъ случаяхъ, пережить, такъ сказать, своихъ владѣтелей и перейти къ новому держателю территоріи, само по себѣ еще не предрѣшаетъ вопроса о томъ типѣ отношеній, къ которому они принадлежатъ. Противъ причисленія же ихъ къ категоріи сервитутовъ говорятъ, какъ мы видѣли, крайне вѣскія соображенія.

Недостатки и внутреннія противорѣчія теоріи международныхъ повинностей не могли не обратить на себя вниманія изслѣдователей. Уже въ XVIII столѣтіи Schmidt доказывалъ, что предметомъ сервитута можетъ быть только dominium, а не imperium, и что „male servitutis vocabulum a jure privato ad jus publicum est translatum“ [1]); но протестъ этого автора остался, повидимому, безъ всякаго вліянія на дальнѣйшую литературу.

Изъ современныхъ писателей противникомъ сервитутовъ въ сферѣ международныхъ отношеній заявилъ себя, прежде

[1]) Joach. Erdmann Schmidt, De servitutibus juris publici falso nomine sic appellatis. Jena 1764 (Clauss, op. cit., 56).

всего, Бульмерингъ [1]). Изложивъ господствующее ученіе, онъ приходитъ къ заключенію, что это послѣднее слѣдовало бы выводить изъ тѣхъ уступокъ, которыя государства дѣлаютъ другъ другу, въ интересахъ международнаго общенія, по отношенію къ своимъ верховнымъ правамъ. Этимъ путемъ возможно было бы, оставивъ частноправовую точку зрѣнія, стать на лично-обязательственную (persönlich-obligatorischer) и публицистическую почву.

Смѣлѣе по новому пути пошелъ Листъ, самымъ категорическимъ образомъ отвергающій понятіе междугосударственнаго сервитута, на томъ основаніи, что наблюдаемыя въ международномъ оборотѣ ограниченія верховенства государствъ носятъ не вещный, а лишь обязательственный характеръ [2]). Аналогичное воззрѣніе проводится и проф. Казанскимъ, полагающимъ, что, „отвергнувъ ученіе о частноправномъ характерѣ власти государства надъ его землей, слѣдуетъ отвергнуть и возможность частноправныхъ ограниченій ея“ [3]).

Отрицательное отношеніе къ международнымъ повинностямъ мы находимъ и у нѣкоторыхъ новѣйшихъ французскихъ писателей. Такъ, напр., Piédelièvre находитъ, что въ такъ называемыхъ ограниченіяхъ территоріальнаго верховенства слѣдуетъ скорѣе всего „si l'on va au fond des choses“ видѣть примѣненіе суверенитета государства [4]), но ближайшимъ образомъ мысли своей не поясняетъ. Такимъ образомъ въ новѣйшей литературѣ, несомнѣнно, можно отмѣтить теченіе, враждебное институту международныхъ сервитутовъ [5]). И по мѣрѣ того, какъ самое понятіе

---

[1]) Völkerrecht, § 49.

[2]) Назв. соч., § 8.

[3]) Учебникъ, стр. 137, прим. in fine.

[4]) „Des applications de la souveraineté de l'État“, Précis, I, p. 259.

[5]) Слѣдуетъ замѣтить также, что нѣкоторые писатели, какъ, напр., Chrétien, Principes, не отвергая прямо понятія международной повинности, о сервитутахъ не говорятъ вовсе или упоминаютъ объ нихъ лишь вскользь; ср. Gareis, Institutionen, § 71.

территоріальнаго верховенства станетъ очищаться отъ цивилистическихъ наслоеній, это направленіе можетъ только крѣпнуть и расти.

§ 78. Однако, какъ мы уже неоднократно упоминали, государство въ сферѣ международныхъ отношеній не всегда проявляетъ себя въ качествѣ носителя imperium, а часто въ видѣ субъекта, облеченнаго частно-имущественными правомочіями. Какъ таковое, оно можетъ продать иностранному правительству участокъ земли, а также уступить ему и нѣкоторыя другія права, какъ-то право usus'а, узуфрукта и т. п. Въ этихъ случаяхъ несомнѣнно возникнетъ сервитутъ, установленный въ пользу иностраннаго государства. Съ этой точки зрѣнія можно, на нашъ взглядъ, говорить о международныхъ повинностяхъ; но при этомъ всегда слѣдуетъ помнить, что отношенія, въ этихъ случаяхъ, будутъ регулироваться не международнымъ правомъ, а внутреннимъ правомъ государства rei sitae.

Для поясненія нашей мысли мы позволимъ себѣ привести нѣсколько примѣровъ.

Государство А покупаетъ какое-либо зданіе, находящееся въ государствѣ Б; легко можетъ статься, что на этомъ зданіи лежитъ какой-либо сервитутъ, напр., altius non tollendi, право прохода и т. д., и, наоборотъ, такой же сервитутъ могъ быть установленъ въ его пользу по отношенію къ другому сосѣднему зданію или имѣнію. Все здѣсь будетъ зависѣть отъ мѣстнаго законодательства и отъ того, допускаетъ ли оно въ этихъ случаяхъ jura in re aliena.

Точно также государство А можетъ выговорить себѣ право провести линію желѣзной дороги черезъ тотъ или иной участокъ земли, принадлежащій государству Б [1]). При

---

[1]) Meili, Eisenbahnverträge въ Holtzendorffs Handbuch des Völkerrechts, III, S. 263, полагаетъ, что въ этомъ случаѣ мы имѣемъ дѣло съ настоящимъ международнымъ сервитутомъ: „Das zum Baue und Betriebe einer internationalen Linie nöthige Grundeigenthum erscheint im Verhältnisse zum

этомъ слѣдуетъ замѣтить, что Б только тогда въ правѣ дать разрѣшеніе А, когда участокъ ему принадлежитъ; поэтому, если онъ составляетъ частную собственность третьяго лица, а у государства надъ нимъ только публичное правовое imperium, то необходимо предварительно прибѣгнуть къ отчужденію и обратить участокъ въ государственную собственность.

Аналогичныя отношенія могутъ возникнуть по поводу проведенія телеграфной или телефонной линіи, подводнаго кабеля и т. п. Во всѣхъ этихъ случаяхъ, однако, роль praedium serviens выпадетъ на долю не территоріи, какъ таковой, а той или иной конкретной части ея, являющейся объектомъ права собственности со стороны фиска и притомъ, по общему правилу, не частно, а публично-правовой. По большей части, дѣйствительно, praedium serviens будетъ входить въ составъ domaine public de l'État—государственнаго достоянія, благодаря чему всякіе споры и пререканія по этому предмету не окажутся подсудными мѣстнымъ судамъ. Но въ существѣ дѣло отъ этого не измѣнится, такъ какъ всѣ правоотношенія между обоими субъектами—государствами—тѣмъ не менѣе подпадутъ подъ дѣйствіе внутренняго права той страны, въ предѣлахъ которой находится praedium serviens, ибо, пріобрѣтая на чужой территоріи сервитутныя права, государство, молчаливо, подчиняется дѣйствію иностраннаго закона. Ссылка его, въ случаѣ спора, на нормы международнаго права была бы совершенно не-

---

auswärtigen Staate juristisch gerade so wie das Eigenthum der täglichen Jurisprudenz, nämlich als ein Sachenrecht des einheimischen Staates. Diese Erscheinung rechtfertigt es vollkommen, dass auch auf diesem Gebiete mit einem sachenrechtlichen Terminus, speciell mit demjenigen der Servituten operirt wird". Дѣло въ томъ, однако, что государство, прокладывающее линію жел. дороги черезъ чужую территорію, не упражняетъ никакихъ правъ власти. Данный участокъ земли облеченъ **хозяйственной** функціей и играетъ роль **вещи**, по отношенію къ которой иностранному фиску предоставлены извѣстныя права. Jus in re aliena въ данномъ случаѣ безусловно имѣется, но нѣтъ ограниченія функцій власти, территоріальнаго верховенства

умѣстна, такъ какъ международнымъ правомъ регулируются лишь тѣ отношенія, субъектами коихъ являются независимые политическіе организмы, упражняющіе свои державныя права властвованія [1]).

Въ этомъ, но только въ этомъ смыслѣ можно говорить о международныхъ сервитутахъ.

Во всѣхъ тѣхъ правоотношеніяхъ, которыя въ литературѣ носятъ подобное названіе, слѣдуетъ, на нашъ взглядъ, видѣть чисто-обязательственныя отношенія, неимѣющія ничего общаго съ истинными правами въ чужой вещи.

---

[1]) Въ нѣкоторыхъ договорахъ заключается даже спеціальная оговорка. см., напр., дог. 12 мая 1894 между Англіей и Конго, art V: The Independent Congo State authorizes the construction through its territories by Great Britain or by any Company duly authorized by the Britisch Government, of a line of the telegraph connecting the Britisch territories in South Africa with the Britisch sphere of influence on the Nile. The Government of the Congo State shall have facilities for connecting this line with its own telegraphic system. This autorization shall not confer on Great Britain or any Company, person or persons, delegated to construct the telegraph line, any rights of policy or administration with in the territory of the Congo State. Van Ortroy, op. cit., 322.

ГЛАВА ДВѢНАДЦАТАЯ.

ЗАЛОГЪ ТЕРРИТОРІЙ.

§ 79. При старомъ режимѣ случаи залога однимъ государствомъ другому части своихъ владѣній были довольно часты [1]).

Съ точки зрѣніе патримоніально-ленныхъ отношеній того времени здѣсь не было ничего аномальнаго, такъ какъ правитель, мыслясь какъ собственникъ своихъ владѣній, могъ обременять ихъ какими угодно вещными ограниченіями. Залогъ обыкновенно совершался въ формѣ pignus [2]): залогодержатель получалъ право владѣнія надъ данной территоріей, что влекло за собой право управленія, пользованія плодами въ видѣ податей и налоговъ и т. п. — словомъ къ кредитору переходили всѣ тѣ правомочія (Hoheitsrechte), которыя составляли содержаніе его Landeshoheit [3]).

Сдѣлка, въ данномъ случаѣ, не только напоминала отдачу въ залогъ, но была дѣйствительно таковой, подчиняясь

[1]) См. обстоятельное изслѣдованіе Werminghoff, Die Verpfändung der mittel- und niederrheinischen Reichsstädte während des 13. und 14. Jahrhunderts, 1893.

[2]) Въ источникахъ, однако, безразлично употребляются выраженія pignus и ypotheca, см. Werminghoff, loc. cit., 16, 39.

[3]) Werminghoff, loc. cit., 39: Diesem Besitze am Pfande entsprangen die Ausübung fast aller, späterhin aller mit ihm verbundenen Hoheitsrechte, der Bezug aller aus ihm fliessenden Einnahmen, soweit jene Gerechtsamen, jene Einkünfte vor der Verpfändung unbeschränktes Eigenthum des Reiches gewesen waren.

тѣмъ нормамъ, которыя въ то время регулировали германское залоговое право. Такъ, практика различала Totsatzung, vif-gage, при которой плоды заложенной вещи шли въ зачетъ долга, отъ обыкновеннаго залога, mort-gage, гдѣ такой зачетъ былъ недопустимъ, и т. п.,—всѣ эти различія переносились и въ область междугосударственныхъ отношеній, гдѣ также встрѣчаются отдѣльные виды и оттѣнки залога [1]).

Сдѣлки, подобныя описаннымъ, встрѣчаются въ западно-европейской исторіи вплоть до конца XVIII ст. Изъ болѣе позднихъ интересъ представляетъ залогъ острова Корсики и г. Висмара.

Непрекращавшіяся на Корсикѣ возстанія и волненія побудили, во второй половинѣ XVIII в., Генуэзскую республику, которой островъ въ то время принадлежалъ, обратиться къ помощи Франціи. Въ 1764 г. Франція согласилась на посылку отряда, которому должны были быть переданы пять городовъ и мѣстечекъ на четыре года, при чемъ было оговорено, что войска эти не предназначаются для веденія войны, а для охраны означенныхъ мѣстностей и для внутренней полиціи въ нихъ [2]). Эта мѣра, однако, оказалась недостаточной, смуты не прекращались, и, когда истекъ срокъ дѣйствія конвенціи 1764 г., Генуэзскому правительству пришлось отдать островъ въ полное распоряженіе французскаго короля. На основаніи соглашенія, заключеннаго 15 мая 1768 г. [3]), цѣлый рядъ городовъ, постовъ, укрѣпленій и т. д. подлежалъ занятію французскими войсками (ст. 1), при чемъ королю предоставлено было упражнять здѣсь всѣ права суверенитета (tous les droits de souverai-

---

[1]) Werminghoff, loc. cit., 54.

[2]) Конвенція 6 авг. 1764 г., Martens, Recueil, 2me éd., t. I, p. 265, art. II: ces troupes ne sont pas destinées à faire la guerre, mais uniquement à garder les places nommées dans l'article précédent, et à la police intérieure des dites places, qui leur seront remises en dépôt, lequel dépôt sera limité au terme de quatre années.

[3]) Martens, ibid.. 592.

neté), а самыя мѣстности объявлены были обезпеченіемъ (nantissement) издержекъ, которыя должны были лечь на французское правительство (ст. 2). Упражненіе суверенитета, со стороны короля, постановлялось далѣе, должно быть полное и абсолютное—однако это не даетъ Франціи права отчуждать заложенную территорію въ чужія руки безъ согласія республики (ст. 3). На этомъ основаніи король обязывался сохранить „sous son autorité et sa domination“ всѣ занятыя его войсками части Корсики до тѣхъ поръ, пока генуэзское правительство не потребуетъ этихъ мѣстностей обратно, возмѣстивъ Франціи всѣ расходы, которые ей придется понести вслѣдствіе оккупаціи.

Какъ извѣстно, въ 1805 году Генуя, успѣвшая превратиться въ Лигурійскую республику, была присоединена къ Франціи, и вмѣстѣ съ тѣмъ къ Франціи же перешла и Корсика.

§ 80. Интересъ современности представляетъ собой залогъ г. Висмара, такъ какъ въ текущемъ (1903) году истекаетъ срокъ дѣйствія трактата, заключеннаго въ Малмѣ 26 іюня 1803 [1], на основаніи котораго этотъ городъ, принадлежавшій Швеціи, былъ заложенъ герцогу Мекленбургъ-Шверинскому. До Вестфальскаго мира 1648 г. Висмаръ состоялъ подъ Мекленбургскимъ владычествомъ, по ст. X § 6 Оснабрюгскаго инструмента онъ перешелъ къ Швеціи въ качествѣ имперскаго лена, а къ концу XVIII ст. дѣла шведскаго правительства оказались въ столь запутанномъ состояніи, что ему пришлось занять у Мекленбурга 1,250,000 рейхсталеровъ гамбургскаго банка на слѣдующихъ основаніяхъ:

a) Въ обезпеченіе упомянутаго долга король шведскій уступаетъ, срокомъ на сто лѣтъ, въ качествѣ залога (antichresis) полное узуфруктуарное владѣніе надъ городомъ и

[1] Текстъ см. у Ch. de Martens et Ferd. de Cussy, Recueil manuel de traités, etc., t. II, p. 291 et suiv.

областью Висмаръ, байажами Пёль и Нейклостеръ и ихъ принадлежностями [1]);

б) по истеченіи указаннаго срока, если Швеція не пожелаетъ выкупить заложенные округа, трактатъ считается продленнымъ на сто лѣтъ (ст. III);

в) въ случаѣ же выкупа, король обязуется выплатить не только сумму долга, но и наросшіе проценты, считая по 3 годовыхъ сложныхъ процента (ст. IV);

г) такъ какъ гипотечное и узуфруктное владѣніе по природѣ своей неотчуждаемо, контрагенты спеціально оговариваютъ, что городъ и область Пёль и Нейклостеръ и ихъ принадлежности никогда не будутъ отчуждены, проданы, заложены, завѣщаны и какимъ бы то ни было образомъ уступлены другому государству [2]) (ст. XI);

д) договаривающіяся стороны, признавая справедливость принципа: рискъ долженъ быть на той сторонѣ, гдѣ имѣется выгода,—устанавливаютъ, что послѣдствія дальнѣйшихъ событій падутъ всецѣло на узуфруктуарнаго владѣльца (ст. XII).

Таковы основныя постановленія трактата 1803 г. Конструкція установляемыхъ имъ отношеній довольно проста. Право собственности остается за Швеціей, владѣніе и право извлекать плоды, т. е. всѣ права управленія и полученія налоговъ и проч., переходятъ къ Мекленбургу. Послѣдній

---

[1]) Art. I.: S. M. le roi de Suède cède à S. A. S. le duc de Meklenbourg-Schwerin, à titre d'hypothèque (antichresis)... la pleine et entière possession usufructuaire de la ville et de la seigneurerie de Vismar, des bailliages de Poel et de Neukloster et de leurs dépendances, pour en jouir sans interruption pendant la durée du terme précité. Art. II.: S. M. le roi de Suède transfère sur la personne de S. A. S. le duc de Meckl.-Schw., et sur celle de ses successeurs, tous ses droits de souveraineté de Vismar, son territoire et ses dépendances, sans en excepter aucun ..., S. M. se démettant ainsi, en faveur de ladite Altesse et de ses descendants, de toute l'autorité politique, militaire, civile, ecclésiastique et judiciaire, quelle a jusqu'à ce moment exercée sur les possessions hypothéquées et sur leurs habitants.

[2]) То же самое относится несомнѣнно и къ Висмару, такъ какъ и онъ отданъ былъ въ узуфруктное владѣніе.

въ своемъ правѣ распоряженія областью ограниченъ только въ одномъ отношеніи, а именно онъ не можетъ ея отчуждать третьимъ лицамъ. Сдѣлка, такимъ образомъ, вполнѣ подходитъ подъ понятіе залога — для большей же опредѣленности контрагентами спеціально предусмотрѣны всѣ послѣдствія, вытекающія изъ такого положенія вещей.

Подкладкой договора является, какъ видно, воззрѣніе на государственную власть, какъ на послѣдствіе, принадлежность обладанія территоріей. У кого есть dominium, тому присуще и imperium, при чемъ второе слѣдуетъ судьбѣ перваго. На этихъ началахъ зиждился, какъ мы выше видѣли, весь средневѣковый строй, и Малмёскій трактатъ является типичнымъ образцомъ тѣхъ сдѣлокъ, которыя вполнѣ допускались порядками стараго режима. Съ паденіемъ этого послѣдняго подобныя сдѣлки стали невозможны, ибо въ современномъ государствѣ права власти не могутъ составлять предмета частно-правовыхъ соглашеній. Теперь мыслимъ былъ бы только залогъ того или другого участка земли, напр., рудниковъ, соляныхъ копей и т. п.; при этомъ залогодержатель во всякомъ случаѣ получалъ бы лишь право эксплоатаціи даннаго участка, но никакъ не право управленія, жители его сохраняли бы свою національность и сувереномъ оставалось бы мѣстное государство.

Конечно, достиженіе тѣхъ политическихъ результатовъ въ области международныхъ отношеній, которые преслѣдовались сдѣлками въ родѣ только что описанныхъ, возможно и въ настоящее время, но только инымъ путемъ. Ничто не мѣшаетъ государствамъ договариваться объ уступкѣ тѣхъ или другихъ территоріальныхъ владѣній на извѣстный срокъ, такъ, чтобы цессіонарій обязывался вернуть данную область по истеченіи столькихъ-то лѣтъ. Практика, если мы не ошибаемся, такихъ примѣровъ пока еще не знаетъ, но теоретически они вполнѣ мыслимы.

Договоръ носилъ бы чисто-публичный характеръ, содер-

жаніе его составляли бы права верховенства, и въ конечномъ результатѣ онъ сводился бы къ международно-правовой цессіи съ особой клаузулей de retrocessione. По существу, такимъ образомъ, послѣдствія такой уступки были бы совершенно аналогичны съ послѣдствіемъ залога, но отъ гипотеки такая сдѣлка отличалась бы юридической квалификаціей установляемыхъ ею правъ и обязанностей.

Это приводитъ насъ къ разсмотрѣнію одного вопроса, сильно занимавшаго за послѣдніе два-три года германское общественное мнѣніе. Какъ мы уже упоминали, въ 1903 г. истекаетъ срокъ дѣйствія Малмёскаго договора: спрашивается, въ правѣ ли Швеція, уплативъ соотвѣтствующую сумму, потребовать отъ Мекленбургъ-Шверина возврата заложенныхъ сто лѣтъ тому назадъ областей?

Въ повременной печати вопросъ этотъ подвергался довольно страстному обсужденію, при чемъ онъ едва ли не единогласно разрѣшенъ былъ въ отрицательномъ смыслѣ [1]). На нашъ взглядъ, однако, совершенно несправедливо. Правда, содержаніе договора 1803 г. уже не соотвѣтствуетъ болѣе современному строю какъ внутренне-государственныхъ, такъ и международныхъ отношеній — но изъ этого еще не слѣдуетъ, чтобы тотъ великій переворотъ, который совершился въ началѣ XIX столѣтія, развязалъ руки контрагентамъ и уничтожилъ самый трактатъ. Нельзя, конечно, говорить, что Висмаръ находится въ узуфруктномъ владѣніи Мекленбурга—онъ несомнѣнно часть Мекленбургской, а съ тѣмъ вмѣстѣ и имперской территоріи, но это, само по себѣ, не лишаетъ Швеціи пріобрѣтенныхъ ею правъ. То обстоятельство, что всякое измѣненіе границъ германской территоріи требуетъ вмѣстѣ съ тѣмъ и измѣненія конституціи, точно также дѣла не мѣняетъ; по совершенно справедливому замѣ-

[1]) См. Br. Schmidt, Der schwedisch-meklenburgische Pfandvertrag über Stadt und Herrschaft Wismar, 1901 (критическій обзоръ высказанныхъ за послѣдніе годы мнѣній по настоящему вопросу).

чанію Шмидта [1]), въ случаѣ предъявленія требованія о возвратѣ Висмара со стороны Швеціи, Германія обязана была бы дать свое согласіе на уступку, такъ какъ имперія индоссировала, такъ сказать, международныя обязательства входящихъ въ ея составъ государствъ. Достойно вниманія, что сами Мекленбургскія власти и понынѣ считаются съ этой возможностью предъявленія Швеціей требованія возврата Висмара и при заключеніи сдѣлокъ, касающихся заложенныхъ областей, дѣлаютъ соотвѣтственную оговорку [2]).

Что же касается политической стороны вопроса, то болѣе чѣмъ вѣроятно, что Швеція не потребуетъ г. Висмара и смежныхъ съ нимъ областей ни теперь, ни черезъ сто лѣтъ [3]).

Но рамки настоящаго изслѣдованія не позволяютъ намъ останавливаться на соображеніяхъ иного характера, кромѣ чисто-юридическаго.

---

[1]) Op. cit., 21.

[2]) См. Br. Schmidt, Ueber einige Ansprüche auswärtiger Staaten auf gegenwärtiges deutsches Reichgebiet, 1894, S. 47; см. сдѣлки (частно-правовыя), заключенныя въ 1848 и 1887 гг.

[3]) См. обстоятельный разборъ этой точки зрѣнія у Br. Schmidt, Der schw.-mekl. Pfandvertrag, S. 40 ff.

ГЛАВА ТРИНАДЦАТАЯ.

АРЕНДА ВЪ МЕЖДУНАРОДНОМЪ ПРАВѢ.

§ 81. Отошедшія было въ область преданій сдѣлки съ цивилистическимъ характеромъ въ области междугосударственныхъ отношеній вновь за послѣднее десятилѣтіе стали появляться на политическомъ горизонтѣ.

Такъ, за указанный періодъ времени, европейскими державами было заключено съ африканскими и азіатскими государствами нѣсколько договоровъ объ арендѣ тѣхъ или другихъ территоріальныхъ владѣній.

Первымъ изъ такихъ соглашеній является, сколько намъ извѣстно, Брюссельская конвенція 12 мая 1894 г. между Англіей и государствомъ Конго [1]), на основаніи которой Великобританія уступаетъ королю Леопольду II, суверену независимаго государства Конго, на правахъ аренды (à bail, a lease) часть египетскаго Судана съ долинами Баръ-эль-Газаль и Баръ-эль-Арабъ, дабы эти области были имъ заняты и имъ управлялись. Часть арендованныхъ владѣній должна послѣ смерти Леопольда II снова вернуться къ Англіи, другая же остаться за Конго, „пока оно будетъ независимымъ государствомъ или колоніей Бельгіи подъ су-

---

[1]) Англійскій текстъ см. у van Ortroy, Conventions internationales, p. 320 et suiv., французскій — въ Revue gén. de dr. intern. public, 1894, p. 374 et suiv.

веренитетомъ Его Величества или его преемниковъ“. Пока будетъ длиться аренда, въ арендованной территоріи будутъ пользоваться особымъ флагомъ [1]).

Съ своей стороны, Конго отдаетъ Англіи, также въ аренду, полосу земли шириной въ 25 километровъ, отъ наиболѣе сѣвернаго порта на озерѣ Танганайка до самаго южнаго пункта на озерѣ Альбертъ-Эдуарда, на тѣхъ же условіяхъ на какихъ арендуется вторая группа областей, уступаемыхъ Англіей Конго.

Приведенными постановленіями исчерпывается юридическое содержаніе трактата. Въ чемъ ближайшимъ образомъ заключаются права арендатора и чѣмъ аренда отличается отъ обыкновенной уступки—въ самомъ инструментѣ не разъясняется; стороны лишь устанавливаютъ, что не будутъ искать никакихъ политическихъ правъ, кромѣ тѣхъ, которыя даются имъ настоящимъ соглашеніемъ и что въ арендованныхъ областяхъ подданные обоихъ контрагентовъ уравниваются въ правахъ [2]).

Конвенція 1894 г. вызвала весьма рѣзкій протестъ [3]) со

---

[1]) Art. II: Great Britain grants a lease to His Majesty King Leopold II, Sovereign of the Independent Congo State, of the territories hereinafter defined to be by him occupied and administered on the conditions and for the period of time hereafter laid down . . . this lease shall remain in force during the reign of His Majesty Leopold II, Sovereign of the Independent Congo State. Nevertheless, at the expiration of His Majesty's reign, it shall remain fully in force as far as concerns all the portion of the territories above mentioned situated to the west of the 30 th meridian east of Greenwich. . . . This extended lease shall be continued so long as the Congo territories as an Independent State or as a Belgian Colony remain under the Sovereignty of His Majesty and His Majesty's successors. Throughout the continuance of a lease there shall be used a special flag in the leased territories.

[2]) Art. IV: His M. King Leopold II . . . recognizes that he neither has nor seeks to acquire any political rights in the territories ceded to him under lease in the Nile basin other than those which are in conformity with the present agreement. Точно такое же заявленіе дѣлается и Англіей.

[3]) См. Rev. gén., 1894, p. 378 et suiv.; гр. Л. Камаровскій, Новѣйшіе договоры объ Африкѣ, въ Журналѣ Межд. и Госуд. Права, 1897, № 1, стр. 23 и слѣд.

стороны Турціи [1]), Германіи и Франціи. Уже 25 іюня Англія вынуждена была отказаться отъ предоставленнаго ей права на полосу земли между озерами Танганайка и Альбертъ-Эдуарда [2]), а 14 августа заключена была конвенція между Франціей и Конго [3]), на основаніи которой это послѣднее обязалось не оккупировать и не оказывать никакого политическаго воздѣйствія [4]) на всю ту территорію, о которой шла рѣчь въ соглашеніи 12 мая. Такимъ образомъ, въ настоящее время сданной Конго въ аренду оказывается лишь совершенно незначительная область въ южной части Нильской долины.

§ 82. Нѣсколько болѣе обильный конструктивный матеріалъ даютъ новѣйшія соглашенія Россіи, Франціи, Германіи и Англіи объ арендѣ территоріальныхъ владѣній въ предѣлахъ Китайской имперіи.

Какъ извѣстно, 15 марта 1898 г. въ Пекинѣ состоялось особое соглашеніе, въ силу коего Императорскому правительству уступлены въ пользованіе [5]) на 25-ти лѣтній срокъ, который по обоюдному соглашенію можетъ быть затѣмъ продолженъ,—порты Артуръ и Таліенванъ съ соотвѣтствующими территоріей и воднымъ пространствомъ, а равно предоставлена постройка желѣзнодорожной вѣтви на соединеніе этихъ портовъ съ великою Сибирскою магистралью [6]).

Аналогичныя уступки, одновременно съ этимъ, были сдѣланы Небесной имперіей и другимъ европейскимъ государ-

---

[1]) Надъ той частью Судана, которая была сдана въ аренду Конго, у Англіи, строго говоря, не было никакихъ правъ, самое большое, что она входила въ ея сферу вліяній. Юридическое положеніе Судана, какъ извѣстно, въ настоящее время совершенно измѣнилось.

[2]) Van Ortroy, loc. cit., p. 325.

[3]) Ibid., p. 326 et suiv.

[4]) Art. IV: . . . à renoncer à toute occupation et à n'exercer, à l'avenir. aucune action politique d'aucune sorte.

[5]) „Cédés en usufruit“, см. циркулярную телеграмму Министра Иностр. Дѣлъ представителямъ Россіи за границею.

[6]) См. „Прав. Вѣстникъ“, 17 марта 1898 г., № 60.

ствамъ. Такъ, Францiя получила бухту Куанъ-Чеу-Уанъ, Германiя заливъ Кiао-Чу и Англiя, наконецъ, Вей-Хай-Вей.

Текстъ русско-китайскаго соглашенiя до сихъ поръ напечатанъ не былъ [1]), но офицiальные документы, опубликованные другими государствами, содержатъ въ себѣ достаточное количество данныхъ, чтобы судить о юридической природѣ заключенныхъ съ правительствомъ богдыхана сдѣлокъ [2]). Можно думать, что, по существу, договоръ съ Россiей мало чѣмъ отличается отъ этихъ послѣднихъ—къ тому же законоположенiя, касающiяся организацiи управленiя Квантунской областью [3]), являются существеннымъ подспорьемъ для выясненiя юридической природы того права пользованiя, которое предоставлено намъ соглашенiемъ 15 марта.

§ 83. Наиболѣе обстоятельнымъ представляется договоръ между Германiей и Китаемъ; мы поэтому приведемъ важнѣйшiя его постановленiя, что послужитъ для насъ матерiаломъ для дальнѣйшей работы.

Согласно ст. II этого соглашенiя, Китай уступаетъ Германiи на правѣ аренды (Pachtweise) обѣ стороны входа въ бухту Кiао-Чу „предварительно" на 99 лѣтъ. Во избѣжанiе могущихъ возникнуть недоразумѣнiй, китайское правительство обязуется, въ теченiе указаннаго срока, не упражнять въ арендуемой области верховныхъ правъ (Hoheitsrechte), а уступаетъ упражненiе таковыхъ Германiи (ст. III). Далѣе (ст. V), еслибъ Германiя впослѣдствiи выразила желанiе вернуть Китаю бухту Кiао-Чу до истеченiя арендмаго срока, то Небесная имперiя обязуется возмѣстить всѣ издержки,

---

[1]) Впрочемъ, въ Blue Book, China, № 1 (1899), p. 128, имѣется англiйскiй переводъ китайской версiи соглашенiя 15-го марта.

[2]) Текстъ германскаго соглашенiя см. въ Reichsanzeiger 29 апр. 1898 г. № 101; относительно фрранцузскаго договора см. Livre jaune, Affaires de Chine, 1894—1898, № 65, 1898—1899, №№ 1, 18, 39 и англiйскаго, Blue Book, China, 1898, 1899.

[3]) Главнымъ образомъ временное Положенiе объ управленiи Квантунской областью 16 авг. 1899 г., Собр. узак. № 104, ст. 1524.

произведенныя въ этой мѣстности, и предоставить ей болѣе удобный участокъ земли. Съ своей стороны Германія обязуется никогда не переуступать другой державѣ названной территоріи на арендномъ правѣ. Китайское населеніе, проживающее (wohnende) въ Кіао-Чу, будетъ, при условіи соблюденія законовъ и порядка, пользоваться во всякое время покровительствомъ Германіи; оно можетъ остаться на мѣстахъ, пока арендованная территорія не будетъ обращена на другія цѣли. Наконецъ, если бы принадлежащія туземцамъ земли почему-либо потребовались германскому правительству, то владѣльцы ихъ должны быть вознаграждены.

Таковы важнѣйшія постановленія германско-китайскаго соглашенія. Юридическое ихъ содержаніе вполнѣ совпадаетъ съ содержаніемъ договоровъ, заключенныхъ почти одновременно Франціей и Англіей и, можно думать, Россіею. Во всякомъ случаѣ различія между этими актами носятъ фактическій характеръ и на конструкцію установившихся между Китаемъ и упомянутыми державами отношеній не вліяютъ.

Спрашивается, однако, какова же юридическая природа этихъ отношеній?

Въ научной литературѣ вопросъ этотъ представляется чрезвычайно спорнымъ. Согласно весьма распространенному воззрѣнію, мы при всѣхъ договорахъ объ арендѣ имѣемъ дѣло со „скрытой уступкой" территоріи [1]).

---

[1]) Относительно дог. 1894 между Конго и Англіей см. Revue gén. de dr. intern. public, 1894, p. 380: l'expression employée ne doit-elle engendrer aucune illusion sur la nature réelle du contrat dont il s'agit, et ce bail sans rente due par le preneur, sans limitation de durée, n'est pas une véritable location, mais bien une aliénation. Того же мнѣнія гр. Л. Камаровскій, Новѣйшіе договоры объ Африкѣ, въ Журн. Межд. и Госуд. права, стр. 21. Относительно Кіао-Чу см. v. Stengel, Die Rechtsverhältnisse der deutschen Schutzgebiete, 1901, S. 23: es liegt daher ein Fall sogen. verschleierten Abtretung vor, die das deutsche Reich berechtigt, die Suveränetät über das gepachtete Gebiet voll und ganz und zwar zu eigenem Rechte auszuüben. Ср. Листъ, Межд. право, стр. 101 („неограниченный суверенитетъ"); de Pouvourville, Les fictions internationales en Extrême-Orient, въ Revue gén. de dr. intern. public, 1899, p. 118; Gareis, op. cit., § 70; ср. Rivier, Principes, I, p. 201.

Европейскія державы, съ цѣлью, какъ говоритъ Листъ [1]), успокоить щекотливость одного изъ контрагентовъ и алчность другихъ государствъ, выбираютъ такую форму для уступки территоріи, которая, маскируя ихъ истинныя намѣренія, способна успокоительно подѣйствовать на заинтересованныхъ лицъ. Но сама сдѣлка есть форменная цессія, переносящая всѣ права суверенитета.

Очень возможно, что политическимъ основаніемъ арендныхъ договоровъ дѣйствительно служатъ какія-нибудь макіавелистическія соображенія въ родѣ приведенныхъ,—хотя какъ-то трудно допустить, чтобы въ 1894 г. такія государства, какъ Конго и Англія, другъ друга изловили на такой удочкѣ: — но отъ этого конструкція возникшихъ отношеній не становится болѣе ясной. Гражданское право цивилизованныхъ народовъ, правда, считается съ такъ наз. симулированными сдѣлками, совершаемыми in fraudem legis,—но въ обходъ чего же были заключены договоры 1898 г.? Какая объективная международная норма запрещала контрагентамъ совершить обычную уступку?

Задача юридическаго анализа, въ данномъ случаѣ, заключается вовсе не въ томъ, чтобы выяснить, какія были у той или другой державы заднія мысли при заключеніи разсматриваемыхъ соглашеній. Точно также совершенно безразлично, собираются ли европейскія державы вернуть когда-нибудь Небесной имперіи арендованныя области [2]). Для юриста важно только одно: установить природу отношеній, созданныхъ арендными договорами. И для разрѣшенія этого вопроса теорія скрытой уступки представляется совершенно непригодной.

На самомъ дѣлѣ, всякая цессія имѣетъ своимъ непре-

---

[1]) Loc. cit., 167.

[2]) V. Stengel, loc. cit., увѣренъ, что Германія этого никогда не сдѣлаетъ. По этому поводу слѣдуетъ замѣтить, что пророчества въ области науки вообще мало умѣстны, а когда рѣчь заходитъ о политикѣ на крайнемъ востокѣ, то сверхъ того и еще особенно опасны.

ложнымъ послѣдствіемъ переходъ территоріальнаго верховенства во всей его полнотѣ отъ цедента къ цессіонарію. Между тѣмъ всѣ извѣстные намъ договоры объ арендѣ оставляютъ за мѣстнымъ государствомъ весьма существенныя права надъ арендованными областями.

Такъ, прежде всего, несомнѣнно, что населеніе Квантунской области, Кіао-Чу и т. д. осталось въ китайскомъ подданствѣ. Это явствуетъ изъ ст. 42, 54 и нѣк. др. положенія 16 августа 1899 [1]), а также изъ ст. V германскаго [2]) и ст. 3 французскаго соглашеній. Между тѣмъ переходъ территоріальнаго верховенства имѣетъ всегда своимъ послѣдствіемъ перемѣну подданства жителей уступаемой территоріи.

Далѣе, существенно то обстоятельство, что державы, по крайней мѣрѣ въ соглашеніяхъ съ Китаемъ, expressis verbis признаютъ, что суверенныя права остаются за Небесной имперіей. Такъ, договоръ относительно Куанъ-Чеу-Уанъ прямо оговариваетъ, что „cette location n'affectera pas les droits de souveraineté de la Chine sur les territoires cédés"; точно также въ ст. III германскаго соглашенія правительство богдыхана заявляетъ, что оно въ предѣлахъ Кіао-Чу не будетъ упражнять (ausüben) правъ верховенства (Hoheitsrechte), откуда слѣдуетъ, что аренда влечетъ за собой не утрату самого jus, а лишь передачу exercitium juris. Наконецъ, есть основаніе думать, что и съ точки зрѣнія русскаго правительства суверенитетъ надъ Квантунской областью остался за Китаемъ [3]).

---

[1]) Ст. 42: „Въ отношеніи лицъ туземнаго населенія коммисаръ по гражданской части имѣетъ право и т. д.". Ст. 54: „начальникъ участка имѣетъ право подвергать китайцевъ и вообще всѣхъ туземцевъ... аресту не свыше 15 дней и т. д.".

[2]) „Der in dem Pachtgebiet wohnenden chinesischen Bevölkerung soll, vorausgesetzt, dass sie sich den Gesetzen und der Ordnung entsprechend verhält, jederzeit der Schutz der deutschen Regierung zu Theil werden".

[3]) См. ноту гр. Муравьева сэру О'Конору отъ 22 марта 1898 г., Blue Book, China, 1898 (№ 1), p. 64: vous m'avez demandé si en prenant en bail les ports Arthur et Talienwan, la Russie comptait maintenir les droits

Нельзя не указать также и на то, что Германія формально обязалась не сдавать въ аренду Кіао-Чу третьей державѣ.

По совершенно вѣрному замѣчанію Еллинека[1]), если бы германское правительство получило суверенитетъ надъ названной бухтой, то подобное ограниченіе ея правъ было бы невозможно, такъ какъ уступка влечетъ за собой для цессіонарія возможность распоряжаться уступленной территоріей по своему усмотрѣнію.

§ 84. Теорія скрытой уступки оказывается, такимъ образомъ, совершенно несостоятельной. Но защитники ея правы въ томъ отношеніи, что подведеніе созданнаго разсматриваемыми договорами положенія вещей подъ понятіе аренды представляется столь же неудовлетворительнымъ.

Указываютъ, и не безъ основанія, на то, что существеннымъ признакомъ договора найма имущества является арендная плата, между тѣмъ какъ соглашенія 1898 г. о какомъ-либо вознагражденіи Китайской имперіи не говорятъ ни слова. По мнѣнію Еллинека[2]), впрочемъ, мы въ данномъ случаѣ имѣемъ дѣло не съ континентальной арендой, а съ англійскимъ институтомъ lease, при которомъ вознагражденіе хозяина является naturale, но не essentiale negotii. Съ этой точки зрѣнія разбираемые договоры якобы создали новую международно-правовую категорію, новый видъ международной сдѣлки, цѣликомъ перенесенную въ область междугосударственныхъ отношеній изъ сферы частнаго права.

Предположенія Еллинека, до извѣстной степени, представляются вѣроятными, хотя есть указаніе на то, что при

---

de souveraineté de la Chine et respecter les Traités existants entre cet Empire et les autres États. Je vous ai répondu affirmativement... Quant à tout le reste, le respect des droits souverains de la Chine implique le maintien scrupuleux du statu quo existant avant la prise en bail des ports concédés.

[1]) Die Staats- und völkerrechtliche Stellung Kiautschous, въ Deutsche Juristen-Zeitung, 15 Juni 1898, № 15.

[2]) Loc. cit.

переговорахъ французскаго правительства съ китайскимъ вопросъ о платѣ возбуждался [1]). Но даже если и признать, что англійская lease послужила образцомъ при заключеніи договоровъ 1898 г., то тѣмъ не менѣе вопросъ съ конструктивной стороны не станетъ отъ этого яснѣе. На самомъ дѣлѣ, существомъ аренды является предоставленіе однимъ контрагентомъ другому тѣхъ или другихъ частныхъ правъ относительно данной вещи, тогда какъ разсматриваемые договоры имѣютъ своею цѣлью уступку европейскимъ державамъ извѣстныхъ правъ верховенства. Кіао-Чу, Вей-хай-Вей, Портъ-Артуръ и Таліенванъ арендованы Германіей, Англіей и Россіей вовсе не для упражненія dominium, — ибо отношеніе тогда не было бы международно-правовымъ,—а для осуществленія imperium. Поэтому, какую бы мы цивилистическую кличку ни дали этимъ сдѣлкамъ, мы можемъ напередъ быть увѣрены, что названіе юридической ихъ природы намъ не раскроетъ. Такой сдѣлки, которая имѣла бы своимъ послѣдствіемъ облеченіе одного изъ контрагентовъ правами власти по отношенію къ той или другой части территоріи другого, намъ не найти. Поэтому, подъ какимъ флагомъ будетъ провозиться въ международное право частно-правовая контрабанда — совершенно безразлично.

§ 85. Чтобы разрѣшить вопросъ объ истинномъ характерѣ созданныхъ разсматриваемыми договорами отношеній [2]),

---

[1]) См. Livre jaune, Chine, 1894 — 1898, ноту французскаго повѣреннаго въ дѣлахъ въ Пекинѣ въ Цонъ-ли-Яменъ, отъ 9 апр. 1898, p. 50: on s'entendra plus tard pour le loyer.

[2]) Мы должны здѣсь сказать нѣсколько словъ по поводу нѣкоторыхъ, имѣющихся въ литературѣ попытокъ сравнить положеніе арендованныхъ территорій съ тѣмъ, которое создано Берлинскимъ трактатомъ 1878 г. для Босніи, Герцеговины и Кипра (англо-турецкій дог. 4 іюня того же года). Дѣло въ томъ, что сравненіе, въ данномъ случаѣ, нисколько не уясняетъ вопроса. Положеніе Босніи и Герцеговины, какъ извѣстно, крайне спорно и, несмотря на весьма обильную литературу, представляется до извѣстной степени загадкой—по крайней мѣрѣ съ юридической точки зрѣнія. Во всякомъ же случаѣ

необходимо твердо установить, что арендованныя области остались частью Китайской территоріи. Это непосредственно вытекаетъ изъ сказаннаго нами по поводу теоріи „скрытой аренды“ [1]). „Суверенныя“ права остались за Небесной имперіей, и, практически, это выражается въ томъ, что въ извѣстныхъ случаяхъ туземцы подсудны своимъ отечественнымъ судамъ. Такъ, согласно ст. 94 положенія объ управленіи Квантунской областью, дѣла о преступленіяхъ и проступкахъ, совершенныхъ туземцами, за исключеніемъ означенныхъ въ 95 ст., подлежатъ вѣдѣнію мѣстныхъ народныхъ судовъ. На основаніи же ст. 96, главному начальнику области предоставляется: *а)* въ исключительныхъ случаяхъ, когда совершающіяся въ краѣ тяжкія преступленія угрожаютъ нарушеніемъ общественнаго порядка и спокойствія среди населенія, передавать, по особому каждый разъ распоряженію, отдѣльныя дѣла о преступленіяхъ, влекущихъ по общимъ законамъ уголовныя наказанія, на разсмотрѣніе военнаго суда, съ примѣненіемъ законовъ о судѣ и наказаніяхъ военнаго времени, и конфирмовать приговоръ по симъ дѣламъ и *б)* лицъ туземнаго происхожденія препровождать къ ближайшимъ китайскимъ властямъ, для сужденія по китайскимъ законамъ. Подобный отказъ отъ юрисдицiи едва ли былъ бы мыслимъ на собственной территоріи, во всякомъ случаѣ, если бы Квантунская область была частью Россіи, приходилось бы прибѣгать къ выдачѣ (экстрадиціи) преступниковъ, а не „препровождать“ ихъ къ китайскимъ властямъ.

Берлинскій трактатъ нигдѣ не говоритъ объ „арендѣ“, а употребляетъ выраженія „занятіе и управленіе“, при чемъ оставшіяся за Турціей права, практически, равняются нулю. Сродство между положеніемъ тѣхъ и другихъ областей чисто отрицательнаго характера: подобно тому, какъ, de jure, Боснія и Герцеговина не входятъ въ составъ Австрійской территоріи, точно также и Кіао-Чу, Вей-хай-Вей и пр. не составляютъ части Германіи, Англіи и пр. Но права Австріи значительно разнятся отъ тѣхъ правомочій, которыя предоставлены Китаемъ его европейскимъ контрагентамъ.

[1]) Того же мнѣнія Rehm, Staatslehre, S. 82.

Арендованныя области, такимъ образомъ, продолжаютъ составлять часть китайской территоріи. Содержаніе же предоставленныхъ европейскимъ державамъ полномочій заключается въ юридической возможности упражнять извѣстный **комплексъ правъ верховенства.**

Уступлено, слѣдовательно, exercitium всѣхъ тѣхъ публичныхъ правъ, которыя спеціально не оставлены за правительствомъ богдыхана [1]). Такъ германскій договоръ говоритъ, какъ мы видѣли, объ Hoheitsrechte вообще, французскій устанавляетъ, что „le territoire sera gouverné et administré par la France" и т. д. Но изъ этого общаго правила дѣлается рядъ исключеній, касающихся, главнымъ образомъ, положеній туземцевъ. Въ этихъ предѣлахъ, суверенитетъ Китая можетъ получить практическое осуществленіе — внѣ ихъ онъ nudum jus, лишь потенціально существующее. Но при всемъ томъ, упражненіе правъ со стороны арендаторовъ носитъ производный характеръ, и европейскія державы являются представительницами Небесной имперіи, будучи обязанными охранять и оказывать покровительство тѣмъ туземцамъ — китайскимъ подданнымъ—которые проживаютъ въ данныхъ областяхъ [2]).

При изложенной точкѣ зрѣнія, юридическое положеніе арендованныхъ областей теряетъ свой исключительный и загадочный характеръ. Сущность договоровъ сводится къ тому, что европейскимъ державамъ предоставляется пользоваться въ предѣлахъ Китайской территоріи извѣстнымъ комплексомъ публичныхъ правъ, на опредѣленный срокъ и на извѣстныхъ условіяхъ [3]). Но подобнаго рода отношенія но-

---

[1]) Другими словами и смотря на вопросъ съ практической точки зрѣнія—постановленія, касающіяся правъ китайскаго правительства, должны толковаться ограничительно.

[2]) Вѣрно: Rehm, loc. cit.

[3]) Ближайшее разсмотрѣніе этихъ условій, равно какъ подробный анализъ отдѣльныхъ арендныхъ договоровъ завлекли бы насъ слишкомъ далеко. Ограничиваемся поэтому выясненіемъ основныхъ чертъ разбираемыхъ отношеній и установленіемъ ихъ обязательственнаго характера.

сятъ чисто обязательственный характеръ, не заключая въ себѣ рѣшительно никакихъ вещныхъ элементовъ.

Ограничить свои права верховенства въ пользу другой державы несомнѣнно можетъ всякое государство — на этомъ вопросѣ мы достаточно подробно останавливались въ главѣ о международныхъ сервитутахъ. Степень же ограниченія, сама по себѣ, значенія для юридической конструкціи не имѣетъ.

Подводя итогъ сказанному, мы и въ арендныхъ соглашеніяхъ должны отвергнуть всякій имущественно-вещный характеръ. Содержаніемъ этихъ сдѣлокъ является власть, а не тѣ или другія правомочія, имѣющія своимъ непосредственнымъ объектомъ территорію какъ таковую. Поэтому и цивилистическій терминъ аренды можетъ быть понятъ лишь какъ образное выраженіе, но отнюдь не какъ техническое названіе, предрѣшающее содержаніе даннаго отношенія.

§ 86. Отъ только что разсмотрѣнныхъ арендныхъ договоровъ слѣдуетъ отличать такія сдѣлки между различными государствами, которыя дѣйствительно носятъ характеръ найма имущества. Такъ, напр., на основаніи договора 14 іюня 1898 г. о разграниченіи владѣній Англіи и Франціи въ Африкѣ, первая изъ названныхъ державъ отдаетъ въ аренду второй два участка земли на правомъ берегу и въ устьяхъ Нигера, за годовую плату въ 1 франкъ, срокомъ на 30 лѣтъ [1]).

Сдѣлка, въ данномъ случаѣ, носитъ исключительно цивилистическій характеръ и имѣетъ своей цѣлью перенесеніе имущественныхъ правъ. Объ уступкѣ какихъ-либо правъ верховенства въ ней нѣтъ и рѣчи, напротивъ того, въ договорѣ спеціально оговорено, что арендуемые участки будутъ подчиняться, на время аренды, дѣйствующимъ въ британскихъ протекторатахъ законамъ.

Съ подобнаго рода сдѣлками, само собой разумѣется, соглашенія 1898 г. ничего общаго не имѣютъ; подведеніе ихъ подъ одну и ту же категорію свидѣтельствовало бы лишь о полномъ смѣшеніи понятій.

---

[1]) См. van Ortroy, Conventions, etc., p. 505 et suiv.

ГЛАВА ЧЕТЫРНАДЦАТАЯ.

ПРІОБРѢТЕНІЕ ТЕРРИТОРІАЛЬНАГО ВЕРХОВЕНСТВА.

I. Историческое развитіе.

§ 87. Отдѣлъ международнаго права, къ разсмотрѣнію котораго мы теперь приступаемъ, одинъ изъ тѣхъ, гдѣ вещная конструкція территоріи свила себѣ наиболѣе прочное гнѣздо. Ученіе о пріобрѣтеніи территоріальныхъ владѣній и понынѣ излагается въ громадномъ большинствѣ учебниковъ по цивилистическому шаблону, примѣнительно къ выработавшимся въ гражданскомъ правѣ формамъ. Объясняется это, конечно, историческими условіями возникновенія доктрины международнаго права, подвергшагося впервые научной обработкѣ въ то время, когда средневѣковый государственный строй былъ еще въ полной силѣ.

Съ точки зрѣнія феодальныхъ отношеній, государство сливалось съ сюзереномъ-собственникомъ. Увеличеніе территоріальныхъ владѣній было увеличеніемъ имущества феодала. Этимъ объясняется, напр., исконное правило французскаго права, согласно которому владѣнія лица, призваннаго на престолъ, eo ipso становились достояніемъ государства. Такъ, напр., когда Людовикъ XII захотѣлъ особымъ актомъ воспрепятствовать присоединенію къ землямъ короны графства Блоа и части графства Суассонъ, которыя достались ему по

наслѣдству, парламентъ отказался зарегистрировать этотъ актъ „à cause de la loi et coutume du royaume qui porte cette confusion et union à la couronne du patrimoine possédé par le prince appelé au sceptre par la loi royale“ [1]). Точно также и всѣ тѣ сдѣлки, которыя имѣли своимъ предметомъ увеличеніе или уменьшеніе имущества государя (купля-продажа, дареніе и т. д.), отражались и на пространственныхъ предѣлахъ государства. Такъ, извѣстно, что Филиппъ I пріобрѣлъ для Франціи путемъ даренія графство Гастинуа; тотъ же король купилъ за 60,000 червонцевъ графство Берри и т. п. [2]).

Способами пріобрѣтенія территоріи въ средніе вѣка являлись такимъ образомъ прежде всего обще-гражданскіе титулы. Но ленное право, кромѣ того, выработало еще и свои специфическіе титулы, какъ-то конфискацію, commise и désaveu [3]).

Конфискація имущества вассала играла роль уголовнаго наказанія, налагавшагося за извѣстныя преступленія. Отбираемыя земли присоединялись къ владѣніямъ сюзерена.

Commise составляла также видъ конфискаціи, но имѣла мѣсто только за деликты, направленные противъ сюзерена, и прибѣгать къ ней могъ владѣлецъ только по отношенію къ непосредственно зависѣвшему отъ него вассалу.

Désaveu, наконецъ, примѣнялось тогда, когда вассалъ отказывался признать сюзеренитетъ короля и принести ему homagium.

Рядомъ съ этими титулами существовали, само собою разумѣется, и международно-правовые, причемъ въ тѣ

---

[1]) Selosse, Traité de l'annexion, 1880, p. 25.

[2]) Ibid., 27.

[3]) О феодальныхъ способахъ увеличенія (или уменьшенія) территоріи см. Selosse, loc. cit.; Viollet, Histoire des institutions politiques de la France, 1898, II, p. 168 et suiv.; Fusinato, Le mutazioni territoriali, 1885, I, p. 43.

времена вѣчной вражды между отдѣльными сеньёрами первое мѣсто занимало завоеваніе.

Позднѣе, когда, благодаря успѣхамъ мореплаванія, открыты были новые континенты, самостоятельное значеніе получила оккупація.

Смѣшеніе или вѣрнѣе сліяніе воедино этихъ трехъ категорій составляетъ характерную черту не только феодальной эпохи, но и значительно позднѣйшаго времени. Вплоть до паденія стараго режима весь государственный строй западной Европы продолжаетъ, какъ мы выше видѣли, зиждиться на частно-правовомъ фундаментѣ, и первоначальная теоретическая концепція международнаго права всецѣло вращается въ рамкахъ цивильныхъ построеній. Пріобрѣтеніе imperium въ глазахъ теоретиковъ вполнѣ совпадаетъ съ пріобрѣтеніемъ dominium. И съ попыткой провести грань между обѣими правовыми сферами мы едва ли не впервые встрѣчаемся у Гуго Гроція.

§ 88. Первый изъ способовъ пріобрѣтенія, на которомъ останавливается Гроцій, есть оккупація. Эта послѣдняя примѣнима какъ по отношенію къ dominium, такъ и для acquisitio imperii[1]), и хотя, по бо̀льшей части, тѣмъ же самымъ актомъ пріобрѣтается и то и другое, однако оба понятія не совпадаютъ[2]). Поэтому слѣдуетъ различать два вида оккупаціи—а именно оккупацію, совершаемую націей, народомъ и касающуюся цѣлаго (т. е. цѣлой страны, цѣлаго острова и т. п.), и оккупацію, направленную на отдѣльныя части даннаго объекта и совершаемую частными лицами[3]).

---

[1]) De jure Belli ac Pacis, Lib. II, cap. III, § 4, № 1.

[2]) Ibid. № 2.

[3]) Ibid., cap. II, § 4. Различіе между occupatio ratione juris privati et ad privatam utilitatem и occupatio secundum jura gentium установлено было уже Бартоломъ въ трактатѣ de Insula (отпечатанъ въ видѣ приложенія къ изслѣдованію Грабаря, Римское право въ исторіи международно-правовыхъ ученій, стр. 284 и слѣд.).

Вторымъ способомъ пріобрѣтенія территорій является, въ глазахъ Гроція, praescriptio или давность. Однако, признать юридическое значеніе за этимъ титуломъ и въ международномъ правѣ онъ рѣшается не безъ колебаній; его конечный выводъ, тѣмъ не менѣе, тотъ, что jus gentium voluntarium должно было ввести незапамятную давность (praescriptio immemorialis, i. e. cuius contraria memoria non existit); по крайней мѣрѣ слѣдуетъ предположить, что произошло между народами соглашеніе на этотъ счетъ, такъ какъ вопросъ въ высшей степени важенъ для всеобщаго мира [1]).

Наконецъ, международно-правовыми титулами являются приращеніе (alluvio, insula nata) [2]) и завоеваніе [3]).

Сказаннымъ исчерпывается все ученіе Гроція о способахъ пріобрѣтенія территорій. Законченной научной системы здѣсь, конечно, видѣть нельзя, тѣмъ болѣе, что самый вопросъ разсматривается Гроціемъ мимоходомъ, по поводу пріобрѣтенія собственности вообще и послѣдствій войны по отношенію къ побѣжденнымъ. При всемъ томъ, однако, разсмотрѣнныя воззрѣнія великаго основателя науки международнаго права стояли цѣлой головой выше теоретическихъ концепцій его предшественниковъ, всецѣло отожествлявшихъ частныя и международныя отношенія. Неправильно поэтому утверждать, какъ это дѣлаютъ нѣкоторые изслѣдователи [4]), что Гроціемъ было перенесено въ международное право ученіе римскихъ юристовъ о modi acquirendi dominii; напротивъ того, у него явно сказывается стремленіе провести опредѣленную грань между dominium и imperium и ученіе о пріобрѣтеніи верховенства построить на публично-правовомъ

---

[1]) Lib. II, cap. IV, § 9: credibile est enim in id consentisse gentes, cum ad pacem communem id vel maxime interesset.

[2]) Ibid., cap. VIII, § 3.

[3]) Ibid., Lib. III, cap. VIII, § 1, № 3.

[4]) См., напр., Heimburger, Erwerb der Gebietshoheit, S. 104; Симсонъ, О завладѣніи, стр. 118.

фундаментѣ, что въ особенности замѣтно тамъ, гдѣ рѣчь идетъ о praescriptio immemorialis и завоеваніи. Въ методологическомъ отношеніи ученіе Гроція стояло значительно выше не только воззрѣній ближайшихъ его послѣдователей, но и гораздо позднѣйшихъ писателей.

§ 89. Намъ нѣтъ возможности—да это было бы и безполезно—подробно остановиться на мнѣніяхъ отдѣльныхъ авторовъ по настоящему вопросу. Мы ограничимся поэтому приведеніемъ нѣкоторыхъ, наиболѣе типичныхъ построеній литературы послѣ-Гроціевской эпохи.

Въ общемъ, вплоть до второй половины XIX столѣтія, частно-правовое направленіе находитъ себѣ здѣсь самое полное выраженіе, и руководящимися являются представленія, заимствованныя изъ римскаго права. „Postquam Lex, говоритъ Bynkershoek въ своей извѣстной диссертаціи De dominio maris, dominii acquirendi modus praescripsit, hos sequemur“. И за римской „lex“ дѣйствительно рабски слѣдуетъ научная мысль, оправдываясь господствовавшимъ въ то время взглядомъ на imperium какъ на послѣдствіе dominium[1]).

Съ этой точки зрѣнія, тотъ, кто пріобрѣталъ собственность надъ территоріей, eo ipso считался носителемъ власти. Отсюда слѣдуетъ, что усвоеніе imperii, какъ подчиненнаго вида власти, могло совершаться только тѣмъ путемъ, который установленъ частнымъ правомъ. Такова общая схема, которой придерживаются не только представители философскаго направленія въ нашей наукѣ, но и самые завзятые позитивисты.

Остановимся, для примѣра, на воззрѣніяхъ Г. Фр. Мар-

---

[1]) По совершенно справедливому замѣчанію Незабитовскаго, назв. соч. стр. 137, когда Пуфендорфъ измѣнилъ ученіе Гроція о dominium, теорія международственнаго владѣнія приняла слѣдующія два положенія: 1) къ существу владѣнія государственною областью принадлежитъ dominium и imperium; 2) основанія imperii заключаются въ dominium. Ср. G.-Fr. de Martens, Précis, I, § 34: l'empire est la suite de la propriété illimitée.

тенса и Шмельцинга, подробно и обстоятельно развивающихъ теорію пріобрѣтенія международной собственности.

Первый изъ нихъ исходитъ изъ противуположенія абсолютныхъ или прирожденныхъ правъ правамъ пріобрѣтеннымъ. Эти послѣднія права возникаютъ при наличности „титула" и „способа" пріобрѣтенія (titre et moyen d'acquérir). Общимъ титуломъ является естественный законъ (la loi naturelle), способами же — какъ между націями, такъ и между людьми—оккупація или договоры [1]).

Что же касается Schmeltzing'а, то онъ къ „Erwerbsarten des Völkereigenthums" причисляетъ:

I оккупацію; II договоръ; III обыкновеніе и аналогію; IV давность и V сервитуты.

Въ свою очередь, второй изъ упомянутыхъ способовъ договоръ—подраздѣляется на семь разновидностей:

1) наслѣдованіе,

2) уступка (Abtretung),

3) добровольное подчиненіе,

4) мѣна,

5) дареніе,

6) покупка,

7) бракъ и родственныя узы (Verehelichung und Verwandschaftsverbände) [2]).

Достаточно одного бѣглаго взгляда на эту сложную и тяжеловѣсную систему, чтобы убѣдиться, что путаница понятій у Шмельцинга доходитъ, даже для того времени, когда писалась его книга, до крайнихъ предѣловъ.

Само собою разумѣется, что многіе изъ приводимыхъ имъ „способовъ" могли попасть въ эту категорію только въ силу крупнѣйшаго недоразумѣнія. Совершенно очевидно, что

[1]) Loc. cit. Совершенно аналогичныя воззрѣнія см. у Klüber, Droit des gens, § 125, Saalfeld, Handbuch des positiven Völkerrechts, 1833, § 25 и мн. др.

[2]) Systematischer Grundriss des praktischen Europäischen Völkerrechts, 1818, § 215 и слѣд.

обыкновеніе — во всѣ времена и у всѣхъ народовъ — никогда не можетъ служить титуломъ пріобрѣтенія чего бы то ни было; обыкновеніе можетъ оправдать примѣненіе той или другой нормы, создать ее (обративъ какое-либо этическое правило въ юридическое) и т. п., но не служить основаніемъ для переноса съ одного субъекта на другой права собственности или верховной власти.

Точно также и аналогія, являясь пріемомъ толкованія юридическихъ нормъ, можетъ считаться „титуломъ" только въ силу смѣшенія самыхъ простыхъ понятій.

Далѣе, сервитутъ можетъ быть только ограниченіемъ права собственности — правомъ на чужую вещь, съ modi acquirendi dominidi этотъ институтъ, конечно, ничего общаго не имѣетъ.

Наконецъ, упоминаемые Шмельцингомъ наслѣдованіе, бракъ и родственныя узы могли считаться титулами лишь во времена патримоніально-леннаго строя, тогда, когда государство составляло вотчину суверена и, дѣйствительно, переходило по наслѣдству, приносилось въ приданое и т. д.

Въ настоящее же время не можетъ быть никакого сомнѣнія въ томъ, что монархъ получаетъ державныя права надъ той или другой территоріей не въ силу частнаго права, а на основаніи закона [1]).

Обращаясь къ прочимъ способамъ и титуламъ, указываемымъ Шмельцингомъ, надлежитъ замѣтить, что они безъ труда укладываются въ общую римско-правовую схему пріобрѣтенія вещи. И въ этомъ отношеніи его доктрина

---

[1]) Rivier, Principes du droit des gens, I, p. 175: Aujourd'hui lorsqu'une couronne est dévolue par succession à une maison souveraine, à un souverain, ce n'est point par le seul effet d'un droit privé ou d'un acte personnel, mais en vertu des traités et de la constitution du pays, qui règle la succession ou l'avènement au trône. Тѣмъ не менѣе объ этихъ способахъ говорятъ еще Phillimore, Commentaries, I, p. 323, и Calvo, Le droit intern., I, § 263.

вполнѣ совпадаетъ съ той, которая и понынѣ можетъ считаться господствующей.

II. Современное положеніе вопроса.

§ 90. Для громаднаго большинства современныхъ международниковъ способы пріобрѣтенія территоріи, вполнѣ укладываясь въ рамки цивильныхъ построеній, совпадаютъ съ титулами пріобрѣтенія частной собственности. Въ этомъ отношеніи приходится констатировать, что доктрина нашей науки отличается весьма упорнымъ консерватизмомъ, отстаивая такія воззрѣнія, которыя давно уже перестали соотвѣтствовать жизненнымъ условіямъ.

Такъ, напр., проф. Ф. Ф. Мартенсъ прямо утверждаетъ, что „способы пріобрѣтенія международной собственности можно раздѣлить на два рода: первоначальные (acquisitio originaria) и производные (acq. derivativa). И къ тѣмъ и другимъ вполнѣ или отчасти примѣнимы начала, выработанныя въ римскомъ правѣ“ [1]). И въ дальнѣйшемъ изложеніи названный ученый упоминаетъ приращеніе, давность, завладѣніе, куплю-продажу, добровольную уступку, обмѣнъ и завоеваніе. То же воззрѣніе мы находили и у Rivier: пріобрѣтеніе территоріи, по его мнѣнію, происходитъ по аналогіи съ началами римскаго права, но mutatis mutandis, въ виду различія существующаго между собственностью и властью [2]).

На той же точкѣ зрѣнія стоятъ почти всѣ современные писатели [3]). Мнѣнія ихъ такъ близко подходятъ другъ

---

[1]) Совр. межд. право, I, § 90.

[2]) Op. cit., I., p. 174.

[3]) Ср. Ortolan, Des moyens d'acquérir le domaine international, 1849; Heffter, Völkerrecht, § 69 ff; Calvo, op. cit., I, p. 385 et suiv.; v. Bulmerincq, Völkerrecht, § 47; Wheaton, Eléments du dr. intern., éd. 1864, p. 158 et suiv.; Neumann, Grundriss des heutigen Europ. Völkerrechtes, 2 Auf., § 18 ff.; Hartmann, Institutionen des Völkerrechts, § 61 ff.; Bonfils, Manuel de dr. intern., éd. 1894, p. 289 et suiv.; Travers-Twiss, Le droit des gens, I, №№ 115 et suiv.; Fiore, Le droit international codifié,

къ другу, что вполнѣ достаточно было указать на воззрѣнія проф. **Мартенса** и **Ривье**, чтобы дать объ нихъ надлежащее представленіе.

Общепризнанными титулами являются, такимъ образомъ:

а) Приращеніе (accessio).

б) Завладѣніе или оккупація.

в) Купля-продажа. ⎫
г) Мѣна. ⎬ Подводящіяся часто подъ общее понятіе „трактатъ“.
д) Уступка или цессія. ⎭

е) Давность (обыкн. незапамятная).

ж) Рѣшеніе третейскаго суда (болѣе рѣдко).

§ 91. Изложенному направленію, однако, за послѣдніе годы было противупоставлено другое, стремящееся сбросить частноправовыя оковы и придать ученію о пріобрѣтеніи верховенства самостоятельную структуру. Въ 1888 году вышла монографія **Heimburger'a**, Der Erwerb der Gebietshoheit, I, въ которой господствующее воззрѣніе подвергнуто коренному пересмотру, примѣнительно къ современному состоянію публично-правовой доктрины. Для **Геймбургера** частноправовыя категоріи неприложимы къ международному праву. „Пріобрѣтеніе территорій совершается по инымъ титуламъ, чѣмъ пріобрѣтеніе вещей“. И такими титулами, по его мнѣнію, могутъ быть лишь оккупація, цессія или уступка и, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, приращеніе.

Слѣдуетъ, однако, замѣтить, что протестъ противъ вышеупомянутыхъ цивилистическихъ построеній раздавался въ литературѣ и въ болѣе раннее время. Такъ, уже **Vergé**, въ своихъ примѣчаніяхъ къ Précis du droit des gens **Мартенса**, утверждалъ, что въ настоящее время рѣчь можетъ идти только объ оккупаціи, цессіи и завоеваніи [1]).

№№ 54 et suiv.; **Woolsey**, Introduction, 1874, § 53; **Lawrence**, The principles of intern. Law, 1898, § 92; **Walker**, A manual of public intern. Law, 1895, p. 26.

[1]) Прим. къ § 37 тома I. Изданіе вышло въ 1864 г.

Точно также и Bluntschli говорилъ въ свое время о неприменимости къ международному обороту формъ „des privatrechtlichen Verkehrs und der privatrechtlichen Willenserklärung“ [1]). Однако, у этихъ авторовъ дѣло сводится скорѣе къ извѣстной déclaration de principes, самый же механизмъ расширенія государственной территоріи анализу не подвергается. Значеніе книги Геймбургера заключается какъ разъ въ принципіальной постановкѣ вопроса и въ критикѣ — подчасъ весьма мѣткой — господствующей доктрины.

§ 92. Взгляды Геймбургера нашли себѣ сочувственный отголосокъ въ трудахъ нѣкоторыхъ изъ новѣйшихъ международниковъ. Къ числу ихъ относятся Ullmann [2]), Bansi [3]), v. Liszt [4]) и нѣк. др. [5]).

Едва ли можетъ быть сомнѣніе въ томъ, что разсматриваемое воззрѣніе составило въ дѣлѣ выясненія истинной природы территоріальныхъ измѣненій крупный шагъ впередъ. Являясь протестомъ противъ традиціонныхъ шаблоновъ, теорія

---

[1]) Das moderne Völkerrecht, § 292. Точно также и Gareis уже въ 1 изданіи своихъ Institutionen des Völkerrechts, 1888, § 70, признаетъ только оккупацію и уступку.

[2]) Völkerrecht, 1898, § 81.

[3]) Die Gebietshoheit, etc., S. 93 ff.

[4]) Межд. право. § 10. По данному вопросу у Листа, впрочемъ, отсутствуетъ та опредѣленность конструкціи, которая составляетъ характерную черту его превосходнаго учебника. По его мнѣнію, какъ пріобрѣтеніе, такъ и потеря государственной территоріи могутъ послѣдовать въ силу естественныхъ фактовъ или же въ силу юридическихъ сдѣлокъ. Самостоятельное значеніе въ качествѣ титуловъ онъ признаетъ за приращеніемъ, завоеваніемъ, оккупаціей и сдѣлками (цессія), при чемъ самые способы дѣлятся имъ, какъ въ былое время, на первоначальные и производные.

[5]) См., напр., Adam, Völkerrechtliche Okkupation, въ Archiv f. öffent. Recht, VI, S. 193 ff. Довольно оригинальна теорія Chrétien, Principes de droit intern., I, 1893, p. 119 et suiv. Этотъ авторъ признаетъ, что, въ сущности, имѣется только одинъ способъ пріобрѣтенія территорій, это—„l'établissement d'une possession légitime“, при чемъ „légitimité“ въ данномъ случаѣ, можетъ быть результатомъ: *а*) оккупаціи, *б*) цессіи, *в*) давности. Вмѣстѣ съ тѣмъ во всѣхъ трехъ случаяхъ презумируются какъ фактическое обладаніе территоріей, такъ и animus possidendi.

Геймбургера стремится съ цивилистической почвы пересадить вопросъ на почву публичнаго права. Но этому намѣренію однако, не вполнѣ соотвѣтствуютъ результаты самихъ изысканій.

Частно-правовая сущность сквозитъ сквозь публичные покровы, и дѣло, въ концѣ концовъ, все-таки сводится къ *„пріобрѣтенію территоріи“* — а не къ *распространенію территоріальнаго верховенства.*

Въ этомъ, впрочемъ, весьма откровенно сознается самъ Геймбургеръ. Важнѣйшихъ изъ выработанныхъ римскимъ правомъ категорій, говоритъ онъ, въ ученіи о пріобрѣтеніи территоріи — не миновать. Однако, слѣдуетъ постоянно помнить, что отдѣльные титулы имѣютъ въ международномъ правѣ совершенно другое значеніе (durchaus verschiedene Bedeutung), чѣмъ въ правѣ гражданскомъ [1]).

Позволительно, однако, спросить, въ чемъ же, собственно говоря, заключается разница? Какъ ее юридически формулировать? Вѣдь недостаточно заявить, что она есть, и утверждать, что международные титулы отличаются отъ частныхъ — при наличности, тѣмъ не менѣе, сходства между ними. Необходимо выяснить, какіе признаки общи и какіе различны, ибо сходство само по себѣ, для юридической конструкціи ничего не даетъ, а, напротивъ того, мѣшаетъ отчетливому сопоставленію понятій. Такъ, вступленіе въ государственную службу, съ внѣшней стороны, несомнѣнно напоминаетъ заключеніе договора. Однако, съ точки зрѣнія юридической конструкціи (по крайней мѣрѣ нынѣ) [2]) признается, что въ данномъ случаѣ имѣется отношеніе, основанное на началѣ подчиненія, а не равенства сторонъ. Точно также и теорія территоріальныхъ пріобрѣтеній, если только эти послѣднія

---

[1]) Op. cit., 105.

[2]) Прежде господствовалъ другой взглядъ. Переворотъ по этому вопросу произвело, какъ извѣстно, изслѣдованіе Gönner'a, Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkte des Rechts, 1808.

суть публично-правовыя категоріи, должна *существеннымъ* образомъ отличаться отъ ученія гражданскаго права объ acquititio dominii. Внѣшняя аналогія не должна заслонить сути дѣла—между тѣмъ во взглядахъ Геймбургера и его единомышленниковъ царитъ какая-то двойственность, препятствующая проведенію точныхъ и опредѣленныхъ границъ между отдѣльными понятіями. Начинается дѣло съ установленія общаго теоретическаго постулата: пріобрѣтеніе территоріальнаго верховенства принципіально разнится отъ пріобрѣтенія вещей, ибо основано на публичномъ правѣ; — но въ дальнѣйшемъ объ этомъ какъ-то забывается и снова начинаютъ оперировать со старыми цивильными понятіями (производные и первоначальные способы, animus possidendi и т. п.). И, наконецъ, въ конструкціи отдѣльныхъ титуловъ (цессіи, оккупаціи, приращеніи) частно-правовая точка зрѣнія окончательно торжествуетъ побѣду.

Строго говоря, если исходить изъ господствующаго взгляда на территорію какъ на объектъ властвованія, единственной логически-правильной конструкціей „пріобрѣтенія" является та, которая прямо переноситъ въ международное право категоріи римскаго. Сколько бы ни говорили, что вопросъ сводится къ распространенію власти, imperium, на области, этой власти не подчиненныя, а не къ пріобрѣтенію dominium — если съ пріобрѣтеніемъ той или иной территоріи усваивается вещное (хотя бы и публичное) право, другого исхода, какъ обращеніе къ общимъ частно-правовымъ титуламъ, и быть не можетъ. Иначе пришлось бы признать, что imperium пріобрѣтается однимъ путемъ, а вещное право (öffentliches Sachenrecht)—инымъ. Другими словами, для пріобрѣтенія территоріальнаго верховенства требовались бы *два* титула: частно- и публично-правовой. Но такой выводъ, конечно, могъ бы служить лишь нагляднымъ доказательствомъ ложности отправныхъ посылокъ.

III. Критическій обзоръ отдѣльныхъ способовъ пріобрѣтенія территоріальнаго верховенства.

§ 93. Намъ предстоитъ теперь разсмотрѣть тѣ способы пріобрѣтенія территорій, которые пользуются и въ настоящее время правомъ гражданства въ научной литературѣ. Но прежде всего мы должны самымъ точнымъ образомъ разграничить нашу задачу. На самомъ дѣлѣ, рѣчь должна итти только о пріобрѣтеніи территоріальнаго *верховенства*, а не о пріобрѣтеніи *вещныхъ правъ* на тотъ или другой *участокъ земли*.

Послѣдній случай можетъ регулироваться только нормами внутренняго права — ибо лицо отчуждающее и лицо пріобрѣтающее находятся по отношенію другъ къ другу въ состояніи соподчиненія, а не равенства, и рѣчь идетъ не о правахъ верховенства, а о частныхъ правомочіяхъ. Такъ, напр., извѣстно, что Россіи до 1874 г. принадлежалъ участокъ земли въ Стокгольмѣ, а Швеціи участокъ въ Москвѣ. Декларацiей отъ 23 мая 1874 г. оба правительства обмѣнялись принадлежавшими имъ недвижимостями. Сдѣлка, въ данномъ случаѣ, была исключительно гражданско-правовая, такъ какъ касалась собственности, а не права верховенства. Это послѣднее никогда не переставало принадлежать Швеціи по отношенію къ русскому участку и Россіи по отношенію къ шведскому. Точно также правительства нерѣдко покупаютъ въ предѣлахъ иностранныхъ государствъ тѣ или другія недвижимости для устройства церквей, дворцовъ и т. п. Само собою разумѣется, что правъ власти они при этомъ не пріобрѣтаютъ.

О приданомъ, наслѣдованіи и т. п. средневѣковыхъ титулахъ мы, точно также, говорить не станемъ, а остановимся лишь на тѣхъ способахъ, относительно которыхъ возможенъ и понынѣ споръ. Сюда мы отнесемъ приращe-

ніе, куплю-продажу (мѣну), давность и рѣшеніе третейскаго суда.

§ 94. Ученіе о приращеніи, accessio, цѣликомъ заимствовано изъ гражданскаго права. Наподобіе романистовъ, международники различаютъ alluvio, appulsio, alveus derelictus и insula nata, при чемъ въ ихъ глазахъ юридическимъ основаніемъ для пріобрѣтенія международной собственности является общее положеніе о томъ, что accessorium sequitur principale.

Съ точки зрѣнія communis opinio, такимъ образомъ, проявленіе государственной воли, въ данномъ случаѣ, не требуется, равно какъ не требуется захвата или оккупаціи — достаточно наличности естественнаго видоизмѣненія почвы.

Разсмотримъ по порядку возможные случаи приращенія.

Прежде всего необходимо замѣтить, что когда рѣчь идетъ объ accessio въ водныхъ пространствахъ, находящихся въ предѣлахъ даннаго государства, то увеличеніе территоріи, stricto sensu, не происходитъ: территорія лишь видоизмѣняется [1]). Поэтому всякая alluvio къ берегу рѣки, служащей границей между двумя державами, есть лишь преобразованіе внѣшней формы того пространства, которое, въ соотвѣтствующихъ частяхъ, уже и ранѣе находилось подъ владычествомъ тѣхъ же государствъ.

Совершенно аналогичное явленіе происходитъ, когда, напр., высыхаетъ какое-либо озеро или внутреннее море: территорія, въ юридическомъ значеніи термина, не увеличивается, а лишь видоизмѣняется. Точно также и острова, возникающіе въ руслѣ пограничной рѣки, входятъ въ составъ того государства, въ (водныхъ) предѣлахъ котораго они образуются. Если же вновь возникшій островъ — insula nata — окажется пересѣченнымъ пограничной линіею (тальвега или

---

[1]) Heimburger, op. cit.; 109 Симсонъ, назв. соч., стр. 125.

иной линіей), то эта послѣдняя опредѣлитъ и предѣлы территоріальности власти по отношенію къ самому острову [1]). Увеличенія территоріи ни съ той, ни съ другой стороны точно также не произойдетъ.

Иная картина получается въ тѣхъ случаяхъ, когда рѣка, служащая границей, мѣняетъ свое направленіе. Возможны двѣ комбинаціи:

а) рѣка совершенно покидаетъ свое русло и пробиваетъ себѣ дорогу черезъ территорію одного изъ смежныхъ государствъ. Въ этомъ случаѣ пограничная линія остается на прежнемъ мѣстѣ, проходя черезъ тальвегъ, середину и т. п. прежняго русла. Въ составѣ территоріи ни того ни другого государства перемѣны не произошло [2]).

б) Рѣка незамѣтно передвигается, не покидая своего русла. Это поступательное движеніе, несомнѣнно, имѣетъ своимъ послѣдствіемъ увеличеніе территоріи одного изъ прибрежныхъ сувереновъ и соотвѣтствующее уменьшеніе территоріи другого, при чемъ получается, дѣйствительно, нѣчто похожее на приращеніе. Однако, слѣдуетъ замѣтить, что, признавая границею своихъ владѣній тальвегъ или берегъ какой-либо рѣки, т. е. такую линію, которая съ теченіемъ

---

[1]) Трактаты иногда предусматриваютъ этотъ случай. См., напр., ст. XXXIV трактатъ 17 авг. 1754 г. между Австріею и Венеціей (Martens, Recueil, supp. II): le isole nascendone per l'avvenire delle nuove apparterranno per la giurisdizione al continente, a cui saran piu vicine, o in tutto, o in parte secondo la divisione del ventre fluviale.

Condominium можетъ возникнуть только тогда, когда произойдетъ между заинтересованными государствами специальное соглашеніе. Противуположнаго мнѣнія придерживается, повидимому, Holtzendorff, Handbuch d. Völk., II, 267. Само собою разумѣется, что если водное пространство принадлежало двумъ государствамъ, то кондоминатъ сохранится, см. Rivier, Principes, I, p. 179.

[2]) Dudley-Field, Projet d'un code international, 1881, art. 6, и Holtzendorff, loc. cit., утверждаютъ, что въ случаѣ alveus derelictus новая граница должна пройти по серединѣ стараго русла. Это правило, однако, совершенно произвольно. Новая граница должна совпасть со старой, ибо на какомъ основаніи территорія одного государства увеличивалась бы а территорія другого сокращалась?

времени можетъ перемѣститься, государства тѣмъ самымъ молчаливо обязываются признать и всѣ послѣдствія подобнаго перемѣщенія.Т акимъ образомъ accessio въ истинномъ значеніи слова не имѣется, сокращеніе и расширеніе территоріи происходятъ на основаніи состоявшагося между заинтересованными государствами соглашенія.

Таково теоретическое разрѣшеніе вопроса о возможныхъ измѣненіяхъ въ направленіи пограничныхъ рѣкъ. Само собою разумѣется, при этомъ, что договоры, установляющіе границы между двумя государствами, могутъ отступить отъ этихъ правилъ и предопредѣлить судьбу острововъ, находящихся въ рѣкѣ, пограничной линіи и т. п. [1]).

§ 95. Болѣе сложными представляются тѣ отношенія, которыя возникаютъ при увеличеніи земельной площади государства со стороны моря. Дѣло въ томъ, что чѣмъ больше выдвигается береговая линія, тѣмъ глубже уходитъ въ море предѣлъ т. наз. территоріальныхъ водъ. Такимъ образомъ всякая accessio, въ данномъ случаѣ, имѣетъ своимъ послѣдствіемъ: 1) увеличеніе площади государства и 2) сокращеніе площади открытаго моря.

Такимъ образомъ при приращеніи со стороны моря нельзя говорить о видоизмѣненіи территоріи. Происходитъ безу-

---

[1]) Ст. XCV Вѣнскаго трактата 9 іюня 1815 г.: Là où le thalweg constituera la limite (entre l'Autriche et l'Italie), il est statué, que les changements que subira par la suite le cours de ce fleuve, n'auront à l'avenir aucun effet sur la propriété des îles qui s'y trouvent. Трактатъ 9 февр. 1869 г. между Австріей и Пруссіей ст. 4: Sollte durch Abschwemmungen und Anschwemmungen grösserer oder kleinerer Erdtheile der Lauf eines Grenzwassers sich ändern, so soll dennoch fortwährend die Landesgrenze nach dem jetzigen Laufe des Grenzwassers bestimmt bleiben und die an das Ufer angeschwemmten Erdtheile sollen dem Staate gehören, an dessen Ufer sie angeschwemmt werden, soweit jene nicht über die jetzt festgestellte Grenzlinie hinausreichen. Ст. 5: Wenn durch Abspülen, durch gewaltsame Avulsion, durch theilweise Austrocknung oder durch Aenderung des Laufes in einem Grenzwasser eine Insel entsteht, so fällt dieselbe beiden Staaten in soweit zu, als sie an die dermal festgestellte Landesgrenze reicht. Kommt die entstandene Insel ganz innerhalb der Grenze eines der beiden Staaten, so gehört sie ganz dahin.

словное увеличеніе этой послѣдней, при чемъ титуломъ пріобрѣтенія можетъ являться только оккупація.

Въ литературѣ обыкновенно различаютъ три случая: *а*) постепенное и мало замѣтное увеличеніе территоріи, благодаря пониженію уровня моря или наносу земляныхъ частицъ или различнаго рода техническимъ работамъ, alluvio въ тѣсномъ смыслѣ; *б*) наносъ болѣе или менѣе обширныхъ участковъ земли, пристающихъ къ берегу и съ нимъ соединяющихся — т. наз. appulsio и *в*) образованіе острововъ въ предѣлахъ территоріальнаго моря — insula nata.

Относительно перваго случая вопросъ о титулѣ пріобрѣтенія можетъ представить лишь чисто академическій характеръ. Признаемъ ли мы наличность accessio или нѣтъ — практически совершенно безразлично, такъ какъ во всякомъ случаѣ *фактически* наносу всегда сопутствуетъ оккупація со стороны прибрежнаго государства. Но иначе обстоитъ дѣло при appulsio и insula nata. Между моментомъ появленія новыхъ участковъ земли и завладѣніемъ ими можетъ пройти довольно значительный промежутокъ времени. Слѣдуетъ ли, тѣмъ не менѣе, считать ихъ съ самаго начала интегральной частью территоріи? Или же необходимо признать, что, за невоспослѣдованіемъ оккупаціи со стороны прибрежной державы, на нихъ можетъ быть распространено территоріальное верховенство всякаго другого государства?

Въ прежнее время юридическая конструкція appulsio, примѣнительно къ международному праву, составляла предметъ весьма оживленной контроверзы. Спорили, главнымъ образомъ, о томъ, имѣетъ ли государство, отъ территоріи котораго оторвался участокъ земли, право его виндицировать и, въ утвердительномъ случаѣ, въ продолженіе какого срока. Съ подобными разсужденіями мы встрѣчаемся, впрочемъ, и у нѣкоторыхъ новѣйшихъ писателей. Право на виндикацію

признаютъ, напр., Hartmann[1]) и Dudley-Field[2]), при чемъ послѣдній установляетъ даже годичный срокъ для этого. Само собою разумѣется, что подобная постановка вопроса совершенно произвольна. Наличность соотвѣтствующей международной нормы никому не удалось доказать, да и сдѣлать это, вообще говоря, едва ли было бы мыслимо. Но отсюда, съ другой стороны, нисколько не вытекаетъ, чтобы возможно было говорить о немедленной инкорпораціи наноснаго участка посредствомъ accessio. Напротивъ того, включеніе его въ составъ территоріи можетъ послѣдовать только въ силу завладѣнія со стороны прибрежнаго государства. Необходима, стало быть, ясно выраженная воля этого послѣдняго, направленная на расширеніе своей пространственной компетенціи. Въ тѣхъ случаяхъ, когда наносныя частицы мало замѣтны, то оккупація совершается какъ бы сама собою. Но если къ берегу пристанетъ участокъ земли, скажемъ, въ нѣсколько десятковъ кв. верстъ, да еще къ тому же и населенный (случай мало вѣроятный, но все-таки мыслимый), то объ accessio нельзя будетъ и говорить. Государственная власть распространится на новую территорію только тогда, когда воля ея выразится въ установленной закономъ формѣ; по крайней мѣрѣ въ большинствѣ конституціонныхъ государствъ потребуется изданіе особаго закона. До этого момента, жители наноса не станутъ подданными прибрежной державы. Національность свою они перемѣнятъ лишь послѣ инкорпораціи того участка, на которомъ они находятся. Словомъ, произойдетъ не приращеніе, а завладѣніе. Въ лучшемъ случаѣ, возможно будетъ говорить о цессіи или уступкѣ со стороны прежняго хозяина, т. е. того государства, въ составъ котораго входилъ данный участокъ земли.

§ 96. Изложенныя соображенія вполнѣ примѣнимы и къ такъ называемымъ insulae natae, т. е. къ островамъ, вне-

[1]) Instit. des Völk., S. 175.
[2]) Op. cit., art. 44.

запно появляющимся въ предѣлахъ береговаго моря. Communis opinio та, что эти острова eo ipso становятся принадлежностью территоріи [1]). Прежняя доктрина не сомнѣвалась въ томъ, что въ данномъ случаѣ имѣется accessio, новѣйшіе же писатели утверждаютъ, что слѣдуетъ говорить не объ увеличеніи территоріи, а объ ея видоизмѣненіи [2]), при чемъ это послѣднее мнѣніе покоится на томъ предположеніи, что береговое море есть интегральная часть государственной территоріи. Здѣсь не мѣсто входить въ разсмотрѣніе сложнаго и болѣе чѣмъ спорнаго ученія о юридической природѣ территоріальнаго моря. Замѣтимъ только, что съ точки зрѣнія господствующей теоріи—которая представляется намъ единственно правильною—у государства имѣется надъ береговой полосой лишь извѣстный комплексъ публичныхъ правомочій, ограниченное imperium [3]). Впрочемъ этому ученію за послѣднее время стало противуполагаться другое, приравнивающее береговое море къ государственной территоріи [4]). Но какъ бы то ни было, какъ бы мы ни конструировали понятіе территоріальнаго моря, отъ этого теорія „видоизмѣненія территоріи“ лучше не станетъ.

На самомъ дѣлѣ, если береговое море входитъ въ составъ территоріи, то возникновеніе острова вызоветъ передвиженіе, по направленію къ открытому морю, прибрежной линіи, т. е. расширеніе пространственныхъ предѣловъ государства; если же оно въ составъ территоріи не входитъ, то

---

[1]) Holtzendorff, loc. cit., 267: Inselbildungen in Binnengewässern fallen unbestritten und ipso jure unter die Gebietshoheit des umschliessenden Staates.

[2]) См., напр., Симсонъ, назв. соч., стр. 127; Ullmann, loc. cit., 192.

[3]) См., напр., Perels, Droit maritime international, 1884, p. 26; Harburger, Der strafrechtliche Begriff Inland, 1882; v. Bar, Theorie und Praxis des intern. Privatrechtes, 1889, II, § 502—508; Stoerk, въ Handbuch des Völkerrechts, II, § 83—101; Листъ, назв. соч., стр. 84.

[4]) Напр., Heilborn, System des Völkerrechts, 1896, S. 37 ff.; Rivier, Principes, I, p. 145 et suiv.

о видоизмѣненіи послѣдней, само собою разумѣется, не можетъ быть рѣчи.

Въ дѣйствительности же можно смѣло утверждать, что для современнаго международнаго права приращеніе потеряло всякое значеніе. Въ настоящее время въ плоть и кровь всѣхъ цивилизованныхъ народовъ настолько вошло сознаніе о томъ, что всякое увеличеніе пространственныхъ предѣловъ государства можетъ совершаться только при наличности волеизъявленія съ его стороны, что расширеніе территоріи, благодаря дѣйствію естественныхъ силъ, безъ спеціально направленной на такое расширеніе воли политическаго организма, совершенно невозможно. Поэтому всякія insulae natae — какъ въ береговыхъ водахъ, такъ и за предѣлами ихъ — могутъ считаться пріобрѣтенными государствомъ лишь въ томъ случаѣ, если онѣ надлежащимъ образомъ будутъ оккупированы. На практикѣ, конечно, завладѣніе всегда будетъ непосредственно слѣдовать за возникновеніемъ острова въ береговой полосѣ; но теоретически все-таки мыслимы случаи, когда между тѣмъ и другимъ моментомъ пройдетъ болѣе или менѣе продолжительный промежутокъ времени [1]). Въ этотъ промежутокъ островъ могъ бы быть оккупированъ какой-либо другой, помимо прибрежной, державой, ибо—мы смѣло рѣшаемся это утверждать—такой объективной международно-правовой нормы, которая запрещала бы ему это сдѣлать, не существуетъ вовсе. Современное международное право требуетъ эффективности завладѣнія, а внутренній правопорядокъ знаетъ только такія территоріальныя измѣненія, которыя основаны на законѣ [2]).

И на самомъ дѣлѣ: какой губернаторъ рѣшится вновь появившійся островъ „приписать“ къ тому или другому уѣзду,

[1]) Напр., въ случаѣ появленія острова гдѣ-нибудь на нашемъ сѣверномъ побережьѣ.

[2]) Ср. послѣдующее изложеніе.

безъ распоряженія высшей власти? Какой судъ сочтетъ его eo ipso частью подвѣдомственнаго ему округа? Какой судебный слѣдователь рискнетъ, безъ соотвѣтствующаго предписанія, произвести слѣдствіе на новой территоріи? Не подлежитъ сомнѣнію, что фактическое занятіе insulae natae, обращеніе ея въ составную часть территоріи будетъ имѣть мѣсто только тогда, когда со стороны компетентныхъ государственныхъ органовъ послѣдуетъ необходимое для того волеизъявленіе и оккупація сдѣлается совершившимся фактомъ.

Обращаясь къ практикѣ международнаго оборота, мы должны замѣтить, что противуположное защищаемому нами мнѣніе основывается, строго говоря, на одномъ только прецедентѣ, а именно на рѣшеніи извѣстнаго англійскаго призового судьи лорда Stowell по дѣлу „Anna“ [1]).

Американское судно, „The Anna“, было захвачено англичанами, и законность этого приза зависѣла отъ того, подъ чьимъ владычествомъ должны были считаться нѣкоторые острова (вблизи которыхъ было арестовано самое судно), образовавшіеся въ устьяхъ Миссисипи. Призовой судья рѣшилъ вопросъ въ томъ смыслѣ, что упомянутые острова составляютъ собственность Америки. Любопытна, однако, аргументація лорда Стоуэля; вмѣсто того, чтобы сослаться на норму положительнаго международнаго права, что, несомнѣнно, придало бы его рѣшенію наибольшую вѣскость, онъ аргументируетъ при помощи положеній, извлеченныхъ изъ

---

[1]) Иногда, впрочемъ, приводится и другой случай, а именно споръ относительно Малуинскихъ или Фалькландскихъ острововъ (см. Симсонъ, назв. соч., стр. 127). Эти острова были первоначально открыты испанцами, но фактически оккупированы французами въ 1764 г. Вскорѣ затѣмъ (1767) испанцы потребовали отъ Франціи уступки этихъ острововъ, составляющихъ, якобы, „принадлежность“ южно-американскаго материка. Правительство Людовика XIV согласилось на уступку, выговоривъ себѣ, однако, весьма значительное вознагражденіе. Дѣло въ томъ, однако, что названные острова находятся отъ континента на разстояніи 10° широты и потому ни въ коемъ случаѣ не могутъ быть подведены подъ понятіе insulae natae въ предѣлахъ береговаго моря...

римскихъ источниковъ, и соображеній цѣлесообразности [1]). Такъ, по его мнѣнію, принадлежность острововъ Америкѣ доказывается § 21 J 2, 1 [2]), а также и тѣмъ, что если бы они могли быть заняты какой-либо другой державой, то это угрожало бы большой опасностью для Соединенныхъ Штатовъ. Ясно, что мы имѣемъ дѣло съ такими путями мышленія, которыя для современнаго догматика ни къ какому результату привести не могутъ. Вопросы международнаго права теперь, конечно, не могутъ разрѣшаться на основаніи нормъ римскаго права, а постулаты справедливости, цѣлесообразности и т. п., призванные играть первенствующую роль въ политикѣ права, для мотиваціи судебнаго рѣшенія представляются совершенно непригодными.

Да и наконецъ, last but least, одиноко стоящее судебное рѣшеніе, хотя бы и исходящее отъ такого авторитета, какъ лордъ Стоуэль, не можетъ составить судебной практики, а внутренняя несостоятельность тѣхъ мотивовъ, на которыхъ оно основано, едва ли позволяетъ считать его сколько-нибудь серьезнымъ прецедентомъ.

§ 97. Относительно мѣны, купли-продажи и даренія споръ въ настоящее время идетъ болѣе о словахъ, чѣмъ о существѣ понятій.

Прежде, когда территорія составляла объектъ вещныхъ правъ суверена, эти титулы играли большую роль въ международномъ оборотѣ. Договорному элементу, лежащему въ основѣ этихъ сдѣлокъ, придавалась различная окраска, въ зависимости отъ оттѣнковъ воли договаривавшихся „хозяевъ". Но иныя времена, иные нравы. Въ наши дни при всякомъ территоріальномъ измѣненіи, основанномъ на согла-

---

[1]) См. Phillimore, Commentaries, I, p. 283; Travers-Twiss, Droit des gens, I, p. 198.

[2]) Quod si vis fluminis partem aliquam ex tuo praedio detraxerit et vicino praedio attulerit, palam est, eam tuam permanere. О томъ, что это мѣсто Институцій рѣшительно никакого отношенія къ вопросу не имѣетъ, см. Симсонъ, назв. соч., стр. 129.

шеніи, рѣчь идетъ о распространеніи компетенціи одного изъ контрагентовъ и о соотвѣтственномъ сокращеніи другого. Подводить это явленіе подъ рамки мѣны, купли-продажи или даренія рѣшительно невозможно. Прежде всего, чѣмъ руководствоваться при конструкціи такихъ договоровъ: постановленіями римскаго права—или какой-нибудь иной системой нормъ? Вѣдь въ каждомъ законодательствѣ каждый изъ приведенныхъ видовъ сдѣлки имѣетъ свою окраску, свои особенности. Далѣе, примѣнимы ли къ международному праву постановленія, касающіяся покупной цѣны, въ частности требуется ли, чтобы pretium было certum, verum, justum? Возможно ли считать сдѣлку недѣйствительною, если произошла laesio enormis? Такихъ вопросовъ можно задать безконечное множество, въ полной увѣренности, что отвѣта на нихъ не получишь.

Говоря о мѣнѣ, куплѣ-продажѣ и т. д., международники какъ будто имѣютъ въ виду какіе-то раціоналистическіе, отрѣшенные отъ всякаго положительнаго содержанія договоры, не соотвѣтствующіе исторически сложившимся типамъ. При этомъ отбрасывается все то, что явно не соотвѣтствуетъ строю и особенностямъ междугосударственной жизни; — о свойствахъ pretium, laesio enormis и т. п., въ данномъ случаѣ, никто не говоритъ. Но вмѣстѣ съ тѣмъ не замѣчаютъ, что благодаря этому отбрасываютъ и все то, что составляетъ специфическое свойство сдѣлки. Остается лишь остовъ, сводящійся, въ конечномъ анализѣ, къ формулѣ: facio ut facias.

Въ томъ, что въ извѣстныхъ случаяхъ между уступкой (цессіей) и мѣной или куплей-продажей существуетъ нѣкоторое сходство—нѣтъ никакого сомнѣнія. Для удобства, пожалуй, и можно говорить, что государство *А* купило у государства *Б* ту или иную территорію и т. д.,—но вольность языка ни въ коемъ случаѣ не должна предрѣшать юридической конструкціи. Въ общежитіи, многія сдѣлки носятъ несоотвѣтствующее названіе, имъ придается та или другая

кличка въ зависимости отъ ихъ экономическаго или политическаго значенія, внѣ всякой связи съ формально-юридической точкой зрѣнія. Такъ нерѣдко говорятъ о „покупкѣ“ векселя, заемнаго письма; упрекаютъ должностное лицо въ томъ, что его можно „купить“, что оно себя „продаетъ“. На языкѣ юристовъ, однако, рѣчь въ данномъ случаѣ идетъ отнюдь не о куплѣ и продажѣ, а о цессіи и лихоимствѣ.

Такимъ образомъ о сдѣлкахъ купли, мѣны, даренія международное право — по крайней мѣрѣ современное — ничего не знаетъ. Все дѣло при такъ называемыхъ производныхъ способахъ пріобрѣтенія территоріальнаго верховенства сводится къ цессіи или уступкѣ, т. е. къ сокращенію одного государства въ пользу другого, на основаніи договора. И коренное различіе, лежащее между гражданско-правовыми сдѣлками и международными, заключается въ томъ, что тогда какъ первыя имѣютъ (или, во всякомъ случаѣ, могутъ имѣть) своимъ содержаніемъ вещныя права, вторыя касаются исключительно правъ верховенства — imperium. Это различіе настолько существенно, что подрываетъ всякую возможность провести сколько-нибудь цѣнную съ конструктивной точки зрѣнія параллель между цессіей и цивильными куплей или мѣной.

Не лишне, въ заключеніе, замѣтить, что международная практика съ гораздо большей осторожностью обращается съ разбираемыми терминами, чѣмъ сама наука.

Новѣйшіе трактаты весьма корректно говорятъ объ „уступкѣ“, а не о куплѣ-продажѣ и мѣнѣ. Такъ ставится, напр., вопросъ въ извѣстномъ договорѣ 18 апрѣля 1867 г. между Россіею и Сѣв.-Амер. Соединенными Штатами [1]). Этотъ актъ, какъ извѣстно, считается типичнымъ примѣромъ

---

[1]) См. Овчинниковъ, Сборникъ дѣйствующихъ трактатовъ и т. д., имѣющихъ отношеніе къ военному мореплаванію, 1901, стр. 97 и слѣд.

купли-продажи территоріи [1]). Между тѣмъ, вотъ что мы читаемъ въ ст. 1:

„Его Величество Императоръ Всероссійскій симъ обязуется уступить Сѣв.-Амер. Соединеннымъ Штатамъ, немедленно по обмѣнѣ ратификацій, всю территорію съ верховнымъ на оную правомъ (tout le territoire avec droit de Souveraineté), владѣемымъ нынѣ Его Величествомъ на Американскомъ материкѣ, а также прилегающіе къ ней острова".

Въ ст. VI постановляется, что: „на основаніи (en considération) вышеустановленной уступки, Соединенные Штаты обязываются заплатить въ казначействѣ въ Вашингтонѣ, въ десятилѣтній срокъ со времени обмѣна ратификацій сей конвенціи, дипломатическому представителю или иному Его Величествомъ Императоромъ Всероссійскимъ надлежаще уполномоченному лицу семь милліоновъ двѣсти тысячъ долларовъ золотою монетою".

Контрагенты, такимъ образомъ, тщательно избѣгаютъ употребленія терминовъ купля-продажа, цѣна. Они говорятъ объ уступкѣ съ одной стороны и объ уплатѣ денежной суммы, съ другой. При этомъ ст. II — V подробно регламентируютъ условія, при которыхъ имѣетъ быть совершена цессія.

Точно также объ уступкѣ, а не о мѣнѣ, въ техническомъ значеніи слова, говоритъ трактатъ, заключенный 25 апрѣля 1875 г. между Россіей и Японіей [2]). Согласно ст. 1: „Его Величество Императоръ Японскій за себя и своихъ наслѣдниковъ уступаетъ его Величеству Императору Всероссійскому часть территоріи острова Сахалина (Крафто), которою онъ нынѣ владѣетъ со всѣми верховными правами, истекающими изъ этого владѣнія, такъ что означенный островъ Сахалинъ (Крафто) весь вполнѣ будетъ принадлежать Россійской имперіи, и пограничная черта между имперіями

---

[1]) См. Ф. Ф. Мартенсъ, Совр. междѵ право, I, § 91; v. Bulmerincq, Völkerrecht, S. 287.

[2]) Овчинниковъ, назв. сборникъ, стр. 81 и слѣд.

Россійскою и Японскою будетъ проходить въ этихъ водахъ черезъ Лаперузовъ проливъ". „Взамѣнъ уступки Россіи, гласитъ ст. II, правъ на островъ Сахалинъ, изъясненной въ статьѣ первой, Его Величество Императоръ Всероссійскій, за себя и своихъ наслѣдниковъ, уступаетъ Его Величеству Императору Японскому группу островов, именуемыхъ Курильскими и т. д." Ст. V: „жителямъ территорій, уступаемыхъ съ той и съ другой стороны, русскимъ и японскимъ подданнымъ, предоставляется сохранить свою національность и т. д."

Въ этомъ договорѣ выговорены двѣ сдѣлки: уступка Сахалина и уступка Курильскихъ островов. О мѣнѣ, въ тѣсномъ смыслѣ нѣтъ ни слова.

§ 98. Вопросъ о значеніи третейскаго суда насъ долго не задержитъ, тѣмъ болѣе, что въ настоящее время этотъ способъ пріобрѣтенія верховенства мало кѣмъ упоминается[1]). Хотя всякое рѣшеніе суда, въ томъ числѣ и третейскаго, и имѣетъ послѣдствіемъ установленіе jus inter partes, однако, слѣдуетъ замѣтить, что международный арбитражный судъ можетъ это дѣлать только въ силу делегаціи, порученія сторонъ, которыя соглашаются подчиниться его рѣшенію[2]). Съ другой стороны несомнѣнно, что судъ не предоставляетъ территоріальнаго верховенства, а лишь констатируетъ, гдѣ находится право; рѣшеніе его стало быть, не служитъ титуломъ, не является modus acquirendi dominii, а лишь разрѣшаетъ вопросъ о томъ, на чьей сторонѣ должно быть право на спорную территорію въ силу нормъ положительнаго международнаго права[3]).

§ 99. Значеніе давности въ международномъ правѣ

---

[1]) См., однако, Geffcken, прим. къ 7 изд. Völkerrecht Heffter'a, § 69, № 7.

[2]) См. Heimburger, op. cit., 136, прим. 1, который подробно останавливается на вопросѣ и критически разбираетъ отдѣльные случаи присужденія территоріальныхъ владѣній на основаніи рѣшеній третейскаго суда.

[3]) Ср. Rivier, Principes, I, p. 174.

представляется крайне спорнымъ. Какъ мы выше видѣли (стр. 260), Г. Гроціемъ это понятіе было перенесено въ jus gentium не безъ большихъ колебаній. Подобныя же колебанія наблюдаются и въ современной литературѣ, хотя въ общемъ послѣ появленія изслѣдованія Геймбургера о пріобрѣтеніи территоріальнаго верховенства число защитниковъ этого modus acquirendi стало значительно меньше. Изъ новѣйшихъ мы должны тѣмъ не менѣе отмѣтить Fiore[1]), Audinet[2]), Chrétien[3]), проф. Казанскаго[4]) и нѣк. др. Противъ допущенія давности, съ другой стороны, высказываются, за послѣднее время, кромѣ Геймбургера, Ривье[5]), Листъ[6]), Улльманъ[7]), Гарейсъ[8]) и др.

Споръ, въ данномъ случаѣ, обусловленъ различіемъ въ пониманіи самого механизма территоріальныхъ пріобрѣтеній. Если переносить въ область международнаго права цивилистическія представленія и пріобрѣтеніе imperium конструировать какъ acquisitio dominii, то вполнѣ естественно признавать за давностью самостоятельное значеніе. Иначе обстоитъ дѣло, если въ территоріальныхъ пріобрѣтеніяхъ видѣть расширеніе пространственныхъ предѣловъ государства. Давность въ этомъ случаѣ становится излишней, такъ какъ признаніе совершившагося факта замѣняетъ собой титулъ или, вѣрнѣе, фактическое превращаетъ въ законное. Къ этому вопросу мы ниже еще вернемся.

---

¹) Dr. intern. codifié, art. 559.

²) De la prescription acquisitive en droit intern. public., въ Revue gén. de dr. intern. publ., III, 1896, p. 318 et suiv. См. у него же перечень авторовъ, стоящихъ на той или другой точкѣ зрѣнія.

³) Principes, I, p. 146.

⁴) Учебникъ межд. права, стр. 142.

⁵) Principes, I, p. 182 et suiv.

⁶) Межд. пр., стр. 170.

⁷) Völkerrecht, S. 192.

⁸) Institutionen, S. 88 („paktierte Verjährung“).

Мы разобрали приводимые въ литературѣ способы пріобрѣтенія территоріальнаго верховенства, при чемъ всѣ ихъ отвергли, кромѣ оккупаціи, цессіи и завоеванія. Намъ надлежитъ теперь показать, что за этими способами и только за ними можетъ быть признано значеніе самостоятельныхъ титуловъ, а также выяснить ихъ истинную юридическую природу.

IV. Юридическая природа территоріальныхъ пріобрѣтеній.

§ 100. Во главѣ угла современнаго государственнаго устройства стоитъ принципъ единства и недѣлимости территоріи. Въ этомъ отношеніи новѣйшее государство составляетъ прямую противуположность средневѣковому. При патримоніально-феодальномъ строѣ государственная территорія составляла предметъ собственности или во всякомъ случаѣ частныхъ правъ суверена, который распоряжался ею какъ вотчиной, при чемъ самое распоряженіе вращалось въ рамкахъ частнаго права, территоріи наслѣдовались, дѣлились, давались въ приданое и пр.

Нѣкоторый протестъ противъ такого положенія вещей, впрочемъ, можно отмѣтить въ сравнительно раннее время. Уже императоръ Фридрихъ I постановилъ, въ 1158 г., относительно имперскихъ леновъ, чтобы „ducatus, marchia, comitatus de cetero non dividatur“ [1]), и это положеніе занесено было въ тогдашніе правовые сборники [2]) и санкціонировано Золотой Буллой [3]).

---

[1]) См. v. Gerber, Ueber die Theilbarkeit deutscher Staatsgebiete, въ Zeitschr. f. deutsches Staatsrecht, 1865, I H., S. 22.

[2]) См. Sachsenspiegel Lehnrecht, 20 § 5; Schwabenspiegel Lehnrecht, 41. Ср. v. Geber, loc. cit.

[3]) Cap. 25: scindi, dividi, seu quavis conditione dismembrari non debeant. sed ut potius in sua perfecta integritate perpetua maneant; primogenitus filius succedat in eis, sibique soli jus et dominium competat. Ср. Bansi, Die Gebietshoheit. etc. § 4.

Къ XIV—XVII вѣкамъ относится цѣлый рядъ аналогичныхъ постановленій [1]). Но всѣ они носятъ характеръ исключеній изъ общаго правила, преслѣдующихъ не проведеніе отвлеченнаго государственнаго принципа, а, главнымъ образомъ, минутныя политическія цѣли. Вплоть до XIX вѣка „Germania tota regitur jure patrimoniali et haerili“ [2]).

Что же касается Франціи, то право короля безконтрольно распоряжаться территоріей и отчуждать отдѣльныя части ея по своему усмотрѣнію остается въ силѣ вплоть до паденія стараго режима. Правда, короли иногда прибѣгаютъ къ нравственному авторитету генеральныхъ штатовъ въ тѣхъ случаяхъ, когда они желаютъ отказаться отъ принятыхъ на себя обязательствъ и пользуются отказомъ депутатовъ и нотаблей утвердить данный трактатъ, чтобы его не исполнить: но видѣть здѣсь какое-либо юридическое ограниченіе правъ на распоряженіе территоріей совершенно невозможно [3])— тѣмъ болѣе, что, начиная съ XVII вѣка, états généraux уже больше не собираются и абсолютные властители Франціи отожествляютъ себя съ государствомъ.

§ 101. Дѣло измѣняется съ паденіемъ стараго режима. Сознаніе единства государства и его элементовъ рѣзко подчеркивается на первыхъ же порахъ революціонными законодателями, и уже конституція 3 сентября 1791 г. троекратно провозглашаетъ этотъ принципъ.

Le royaume est un et indivisible, читаемъ мы въ ст. 1 второго титула. La souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible; elle appartient à la nation —

---

[1]) См. Bansi, loc. cit. Извѣстностью пользуется такъ называемая Dispositio Achillea, изданная бранденбургскимъ курфюрстомъ Альбрехтомъ Ахилломъ (1471—1484).

[2]) Слова Biener'а, см. выше стр. 95.

[3]) См. Michon, Les traités internationaux devant les Chambres, 1901, p. 17 et suiv. Въ литературѣ обратное мнѣніе довольно распространено, см., напр., Vattel, Droit des gens, l. I, ch. XXI, § 265; Selosse, Traité de l'annexion, p. 37; Heimburger, loc. cit., p. 111, not. 2.

говорится въ первой же статьѣ 3-го титула. Наконецъ, la royauté est indivisible—такъ значится въ art. I, sect. I, ch. II того же титула.

Итакъ государство, суверенитетъ, королевское достоинство недѣлимы и неотчуждаемы. Въ послѣдующихъ конституціяхъ формула значительно упрощается. Уже Acte constitutionnel 24 іюня 1793 г. ограничивается постановленіемъ, что „la République Française est une et indivisible“ (ст. 1-я), и это начало повторяется въ той или другой редакціи во всѣхъ дальнѣйшихъ французскихъ конституціяхъ [1]). Заимствовано оно было всѣми прочими западно-европейскими державами и въ настоящее время составляетъ одинъ изъ краеугольныхъ камней публичнаго права цивилизованныхъ народовъ.

Самая форма, въ которую вылился разсматриваемый принципъ, довольно разнообразна, такъ что, просматривая современныя конституціи, можно отмѣтить нѣсколько группъ.

Въ однихъ государствахъ постановляется, что границы государства могутъ быть измѣнены только на основаніи закона — сюда относятся, напр., бельгійская конст. 1831 г. (ст. 2), нидерландская 1887 г. (ст. 3), прусская 1850 г. (ст. 2), французскій законъ 16 іюня 1875 г. (ст. 8).

Въ другихъ—цѣликомъ воспроизводится формула 1791 г., и территорія провозглашается неотчуждаемой и недѣлимой. Эту группу составляютъ болѣе старыя конституціи, находящіяся подъ явнымъ и очевиднымъ вліяніемъ французскаго образца,—напр., баденская 1818 г. (ст. 3), бернская 1846 г. (ст. 1) и т. п.

Третью группу составляютъ тѣ конституціи, въ которыхъ постановляется, что всѣ трактаты, влекущіе за собой

---

[1]) За исключеніемъ конст. 1852 г. Вопросъ о томъ, могъ ли императоръ (или президентъ республики), согласно этому акту, отчуждать тѣ или другія части французской территоріи безъ согласія палатъ, крайне споренъ, см. Michon, op. cit., p. 136 seq.

измѣненіе территоріальнаго состава государства, должны быть представлены палатамъ; сюда относится, напр., сардинскій основной статутъ 1848 г. (ст. 5).

Четвертая группа основныхъ законовъ требуетъ, чтобы правительство было уполномочено особымъ закономъ для отчужденія какой-либо части территоріи; такъ поступаетъ испанская конституція 1876 г. (ст. 55).

Наконецъ, въ пятой категоріи конституціи самъ законъ перечисляетъ всѣ тѣ области и земли, которыя входятъ въ составъ страны (какъ, напр., португальская конституція 1826 г. ст. 2, и германская 1871 г. ст. 1).

Такимъ образомъ форма, въ которую выливается принципъ, весьма разнообразна, но тѣмъ не менѣе существо его повсюду одинаково. Во всѣхъ современныхъ государствахъ, порвавшихъ съ патримоніальнымъ міровоззрѣніемъ, единство территоріи можетъ—юридически—быть нарушено только черезъ посредство спеціально направленной на то воли государства. Недѣлимость и неотчуждаемость территоріи не имѣютъ, конечно, значенія непреложнаго принципа: онѣ означаетъ только то, что территоріей не можетъ самовластно распоряжаться суверенъ [1]), что здѣсь нѣтъ мѣста произволу, а напротивъ того, территоріальныя измѣпенія обставлены наибольшими изъ тѣхъ гарантій, которыя извѣстпы современному государству. Строго говоря, разсматриваемое начало имѣетъ, главнымъ образомъ, отрицательное значеніе. Подобно многимъ такъ называемымъ правамъ свободы, занесеннымъ въ органическіе законы въ видѣ протеста противъ прежнихъ порядковъ, принципъ недѣлимости территоріи, самъ по себѣ, лишенъ для современнаго государства положительнаго содержанія; по существу, онъ направленъ противъ давно отошедшаго въ вѣчность уклада государствен-

[1]) Ср. Grotefend, Staatsrecht, I, § 323; Pözl, s. v. „Staatsgebiet“ въ Staatswörterbuch.

ной жизни, и даваемыя ему конституціями формулировки [1]) выражаютъ лишь то, что само собою понятно и вытекаетъ изъ основныхъ положеній государственнаго права. Принципъ недѣлимости, поэтому, существуетъ и тамъ, гдѣ онъ expressis verbis не выраженъ въ положительномъ правѣ. Такъ, напр., ни въ Англіи ни въ Россіи не найти соотвѣтственнаго законодательнаго постановленія—тѣмъ не менѣе несомнѣнно, что для отчужденія какъ англійской, такъ и русской территоріи требуется выраженная въ законной формѣ воля верховной власти.

§ 102. Такимъ образомъ всякое территоріальное измѣненіе требуетъ, съ точки зрѣнія внутренняго права, государственнаго волеизъявленія. Въ какой именно формѣ оно выразится — зависитъ отъ положительнаго законодательства каждой страны. Въ одномъ государствѣ требуется измѣненіе конституціи — такъ, напр., обстоитъ дѣло въ Германіи [2]); въ другихъ, какъ, напр., во Франціи, Бельгіи, Нидерландахъ и др. государствахъ достаточно обыкновеннаго закона. Вполнѣ возможно было бы, наконецъ, чтобы право заключать подобнаго рода договоры было предоставлено главѣ исполнительной власти и т. п. Но во всякомъ случаѣ и при всякой комбинаціи всякое территоріальное измѣненіе есть измѣненіе государства въ пространственномъ отношеніи.

На этомъ пунктѣ намъ необходимо нѣсколько подробнѣе

---

[1]) Это стремленіе порвать съ прошлымъ и положить предѣлъ патримоніальнымъ вожделѣніямъ правителей ясно сказывается въ нѣкоторыхъ конституціяхъ начала XIX ст. Такъ, напр., въ ст. 2 вюртембергской конст. 1819 г. говорится, что если впослѣдствіи королевство увеличится посредствомъ купли, мѣны или какимъ-либо другимъ способомъ, новая территорія будетъ допущена къ участію въ правахъ, установляемыхъ конституціей. Считается, при этомъ, увеличеніемъ территоріи то, что король пріобрѣтаетъ не для своей особы, но для нуждъ государства или же съ непремѣннымъ указаніемъ на то, что пріобрѣтеніе должно составить интегральную часть королевства.

[2]) См. подробное разсмотрѣніе этого вопроса у Sieskind, Zur Lehre von den Bedingungen und Formen unter welchen der gegenwärtige Umfang des heutigen deutschen Reiches erweitert und eingeengt werden kann, 1897.

остановиться, такъ какъ онъ способенъ породить значительныя недоразумѣнія и въ литературѣ представляется крайне спорнымъ.

На данномъ вопросѣ какъ разъ рѣзче всего проявляется разница между обоими воззрѣніями на территорію—какъ на объектъ властвованія и какъ на моментъ въ понятіи государства. Съ точки зрѣнія классической школы всякое территоріальное пріобрѣтеніе есть вмѣстѣ съ тѣмъ и имущественное увеличеніе, пріобрѣтеніе предмета. Это съ логической необходимостью вытекаетъ изъ теоріи вещнаго права на территорію и нѣкоторыми авторами прямо высказывается [1]).

Совершенно другая конструкція получается, если стать на защищаемую нами точку зрѣнія. Если территорія есть предѣлъ власти и существенный элементъ государства, то измѣненіе этого элемента есть *измѣненіе самого государства.* Всякое территоріальное увеличеніе влечетъ за собою расширеніе государства, всякая утрата территоріи — сокращеніе его. Строго говоря не о „пріобрѣтеніи" новыхъ владѣній должна въ этомъ случаѣ идти рѣчь; государство не увеличиваетъ своего имущества, наподобіе частнаго лица, пріобрѣтающаго какую-либо вещь — оно только раскидывается, увеличиваетъ свою компетенцію. Присоединяя какую-нибудь область, государство получаетъ возможность властвовать, упражнять свое imperium тамъ, гдѣ оно ранѣе этого дѣлать не могло.

Впервые вполнѣ ясная и опредѣленная постановка дана была вопросу, Фрикеромъ. Въ брошюрѣ, появившейся въ 1867 году, имъ уже совершенно послѣдовательно была проведена мысль, что измѣненіе территоріальнаго состава есть измѣненіе государства [2]). Съ теченіемъ времени это

[1]) Такъ Seydel, Bayerisches Staatsrecht, 1884, I, S. 517, замѣчаетъ, что уступка части территоріи есть „Abtretung eines Stückes Grund und Boden, also doch wohl Abtretung eines Gegenstandes".

[2]) Vom Staatsgebiet, S. 27: Wenn wir von Staatsgebiet reden, so meinen wir den Staat selbst in seiner räumlichen Begrenzung; eine Aenderung des

воззрѣніе стало получать все бо̀льшее и бо̀льшее распространеніе и въ настоящее время оно категорически высказывается всѣми приверженцами теоріи пространственнаго значенія территоріи[1]).

На самомъ дѣлѣ, оно съ логическою необходимостью вытекаетъ изъ взгляда на территорію, какъ на границы компетенціи государства. По другимъ вопросамъ возможно прійти къ соглашенію, какова бы ни была отправная точка зрѣнія; даже ученіе о сервитутахъ не находится въ такой тѣсной, непосредственной связи съ конструкціей территоріи: возможность перенесенія этого института въ область междугосударственныхъ отношеній отрицается не только представителями публично-правового направленія въ международномъ правѣ, но и защитниками теоріи вещнаго права государства на территорію[2]). По вопросу же о существѣ территоріальныхъ измѣненій компромисса быть не можетъ: или они представляютъ изъ себя увеличеніе имущества, пріобрѣтеніе вещи, или же они являются преобразованіемъ, видоизмѣненіемъ пространственнаго элемента государства. Tertium non datur. Поэтому всякія попытки примирить эти два направленія, другъ друга отрицающія, заранѣе обречены на гибель.

§ 103. Критика Гейльборна, направленная, какъ намъ уже не разъ приходилось констатировать, противъ первооснововъ новой доктрины, не могла не коснуться и этого

Staatsgebiets ist eine Aenderung des Staates selbst. Wir haben nicht, wie im Eigenthumskreis, ein im Centrum befindliches, fest bestimmtes und sich gleichbleibendes Wesen, dass sich äusserlich mehr oder weniger an Gebiet zulegt und dadurch reicher oder ärmer, aber nicht anders wird.

[1]) См. напр., Bansi, op., cit., 93, который говоритъ о „räumliche Erweiterung der Staatsgewalt, Vergrösserung des Organismus des Staates". Особенно подробно развито это воззрѣніе у Preuss'a, op. cit., 396; для него „jede Veräusserung des Gebiets ist eine wesentliche Veränderung der Gebietskörperschaft". Точно также и для Jellinek'a, Staatslehre, S. 363, „die erste und nächste Wirkung der Cession ist eine Veränderung in den Staaten als Subjekten".

[2]) Напр., Бульмерингомъ, см. выше, стр. 234.

пункта; и на самомъ дѣлѣ, въ его глазахъ тѣ послѣдствія, которыя вытекаютъ изъ приведенной конструкціи территоріальныхъ измѣненій, являются лучшимъ доказательствомъ ложности отправной точки зрѣнія [1]).

По мнѣнію Гейльборна, изложенное воззрѣніе ведетъ къ совершенно нелѣпымъ результатамъ: благодаря занятію Каролинскихъ острововъ — Германская имперія измѣнилась и стала другимъ государствомъ; послѣ того какъ она уступила эти острова Испаніи — она снова сдѣлалась новой державой. Неужели, спрашиваетъ онъ, это есть положительное международное право?

Въ этихъ словахъ, однако, — обращенныхъ скорѣе къ такъ называемому „здравому смыслу", чѣмъ къ юридическому чувству—заключается явная и несомнѣнная передержка.

Объ исчезновеніи стараго государства и замѣнѣ его новымъ не говоритъ ни Фрикеръ, ни кто бы то ни былъ изъ его послѣдователей; рѣчь можетъ идти только о видоизмѣненіи—въ пространственномъ отношеніи—стараго политическаго организма [2]). Но подобное видоизмѣненіе представляется несомнѣннымъ фактомъ для всѣхъ тѣхъ, которые территорію возводятъ на степень существеннаго момента въ понятіи государства.

Всякое увеличеніе, равно какъ и уменьшеніе территоріи, равносильно расширенію или сокращенію компетенціи государства ratione loci. И подобно тому, какъ губернія или судебный округъ измѣняются, когда къ нимъ приписываютъ тѣ или другіе уѣзды, точно также измѣняется и государство, когда властвованіе его распространяется на новыя области. Въ этомъ пунктѣ особенно ярко проявляется раз-

[1]) System, S. 10 ff.

[2]) Cp. Fricker, Gebiet u. Gebietshoheit, S. 34 ff. Крайне корректный въ своей полемикѣ съ Гейльборномъ, Фрикеръ, тѣмъ не менѣе, не можетъ удержаться отъ того, чтобы приписываемое ему этимъ послѣднимъ мнѣніе назвать „ein Unsinn". И это несомнѣнно такъ.

ница между увеличеніемъ территоріи и пріобрѣтеніемъ, по частному соглашенію, земельнаго участка или, вообще, той или другой вещи.

Въ послѣднемъ случаѣ, государство остается неизмѣннымъ: увеличилось лишь количество матеріальныхъ благъ, ему принадлежащихъ, число вещей, служащихъ фактическимъ, но не юридическимъ предположеніемъ его существованія. Рамки его дѣятельности не расширились, компетенція не увеличилась какъ при присоединеніи территоріи.

Изложенное нисколько не противорѣчитъ принципу единства, лежащему во главѣ угла всего государственнаго строя [1]. Какія бы измѣненія ни постигли отдѣльные элементы государства [2], сколько бы ни уменьшилась его территорія, какъ бы ни видоизмѣнился его строй, личность государства [3] продолжаетъ существовать: государство, по отношенію ко всѣмъ другимъ субъектамъ, съ которыми оно приходитъ въ соприкосновеніе, сохранило всѣ свои права и обязанности. Оно не умерло, чтобы вновь возродиться; правопреем-

---

[1]) Какъ это полагаетъ Гейльборнъ.

[2]) Ср. Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die dentsche Rechtssprechung, 1887, S. 823: so bedeutungsvoll nun aber die wesentlichen Veränderungen von den unwesentlichen sich abheben mögen, so lässt doch auch die eingreifendste Veränderung einer juristischen Person deren eigentliches Selbst unversehrt. Eine Gesamtperson bleibt gleich der Einzelperson, so lange sie besteht, mit sich identisch: sie kann untergehen, aber sie kann kein mit dem Begriff einer konstanten Einheit unverträgliches Schicksal erfahren. Darum geht der Staat aus noch so erheblichen Zustands-, Gebiets- oder Vervassungsveränderungen als dasselbe Rechtssubjekt hervor, als welches er vorher bestanden und Rechte erworben oder Verbindlichkeiten übernommen hat.

[3]) Принципъ единства имѣетъ одинаковое значеніе при всякой конструкціи государства; даже съ той точки зрѣнія, которая въ государствѣ усматриваетъ юридическое отношеніе, измѣненія, происходящія въ элементахъ государства, не уничтожаютъ сами по себѣ этого послѣдняго. Ср., напр., Loening, s. v. „Staat“ въ Handw. der Staatsw., VI, 1901, S. 921: trotz des Wechsels aller Elemente sind wir berechtigt, das staatliche Herrschaftsverhältniss als ein dauerndes und einheitliches aufzufassen und den Staat als ein im Wechsel der Zeiten einheitliches Individuum zu bezeichnen. Начало единства не мирится только съ тѣмъ воззрѣніемъ, которое понимаетъ государство какъ простое состояніе (т. наз. Zustandstheorie), ср. Jellinek, Staatslehre, S. 126.

ству, въ данномъ случаѣ, нѣтъ мѣста. Извнѣ, государство осталось тѣмъ же самымъ, постигшія же его измѣненія касаются только внутренняго строя. Но измѣненіе все-таки имѣется, такъ какъ всякое территоріальное приращеніе и, наоборотъ, всякая территоріальная уступка сопровождаются измѣненіемъ государственнаго строя, требуя соотвѣтствующаго волеизъявленія со стороны законодателя [1]). Составъ государства мѣняется, а также и его компетенція ratione loci [2]). Уступка части территоріи есть поэтому сокращеніе государства, пріобрѣтеніе территоріи — расширеніе политическаго организма. И лучшимъ доказательствомъ того, что это именно такъ, служитъ необходимость соотвѣтственнаго измѣненія тѣхъ правовыхъ нормъ, которыя опредѣляютъ предѣлы дѣятельности самого государства [3]).

§ 104. Расширяясь, распространяя свою власть на какія-либо области, государство, само собою разумѣется, не пріобрѣтаетъ новой власти, а даетъ просторъ своему impe-

[1]) Не лишнимъ будетъ замѣтить, что изложенное воззрѣніе на существо территоріальныхъ измѣненій не составляетъ исключительной принадлежности взгляда на территорію какъ на пространственный предѣлъ властвованія. Напротивъ того, категорическое констатированіе того факта, что присоединеніе (или утрата) территоріи есть измѣненіе самого строя государства, встрѣчается и у противниковъ этой теоріи, такъ, напр., Zorn, Staatsrecht, I, 1880, S. 70, совершенно правильно замѣчаетъ, что „Veränderungen des Reichsgebietes involvieren eine Verfassungsänderung". De lege lata это безспорно.

[2]) И съ тѣмъ вмѣстѣ и компетенція его органовъ, ср. Fricker, Gebiet, etc., S. 35.

[3]) О томъ, что территоріальное измѣненіе влечетъ за собою „eine Verfassungsänderung", какъ мы сказали, спора быть не можетъ (см. выше пр. 1). Весь вопросъ сводится поэтому къ выясненію юридическаго значенія самой „Verfassungsänderung". Въ античномъ мірѣ—по крайней мѣрѣ по свидѣтельству Аристотеля—за измѣненіемъ строя слѣдовало исчезновеніе самого государства, см. Gierke, Genossenschaftsrecht, III, S. 21, Loening, loc. cit. Съ точки зрѣнія современныхъ условій государственной жизни не можетъ быть сомнѣнія, что даже самыя существенныя преобразованія государства, самыя радикальныя измѣненія въ составѣ отдѣльныхъ его элементовъ и его основныхъ законовъ не влекутъ за собою исчезновенія даннаго политическаго организма. Полемика Гейльборна здѣсь, какъ и вообще по вопросу о территоріи, основана на т. наз. ignoratio elenchi, т. е. непониманіе существа той проблемы, которую приходится разрѣшать.

rium, увеличиваетъ свою собственную компетенцію. Въ этомъ заключается коренное различіе между пріобрѣтеніемъ вещи и присоединеніемъ территоріи. Лицо, купившее, получившее въ даръ и т. п., какую-либо вещь, несомнѣнно пріобрѣло новое право; иначе при территоріальныхъ измѣненіяхъ: государство распространило свою личность на новую область, предѣлы его власти раздвинулись и лучи его imperium получили возможность освѣщать такія пространства, которыя до того были закрыты отъ него непроницаемой стѣной чужой публично-правовой власти [1]). Отсюда вытекаетъ, что не только юридическая природа территоріальнаго измѣненія кореннымъ образомъ отличается отъ частно-правового пріобрѣтенія вещей, но что и послѣдствія того и другого должны, по существу, быть совершенно различны.

V. Международноправовые титулы пріобрѣтенія верховенства.

§ 105. До сихъ поръ мы имѣли въ виду только внутреннюю структуру территоріальныхъ пріобрѣтеній. Мы видѣли, что они составляютъ расширеніе самого государства и увеличеніе его пространственной компетенціи. Спрашивается теперь, когда и при какихъ условіяхъ возможно подобное явленіе и какъ должно конструироваться оно съ точки зрѣнія международнаго права. Другими словами, необходимо установить международные титулы расширенія государствъ.

Въ своемъ поступательномъ движеніи государство можетъ, прежде всего, натолкнуться на такія пространства суши, ко-

[1]) Подобное пониманіе существа территоріальныхъ измѣненій, являющееся логическимъ послѣдствіемъ развитой нами выше конструкціи территоріи, начинаетъ проникать за послѣднее время въ научную литературу, ср., напр., Симсонъ, назв. соч., стр. 113; Huber, Staatensuccession, S. 18 ff: wo ein Staat Staatsgebiet erwirbt, kommt er hin mit seiner eigenen Staatsgewalt. Er succediert nicht in die seines Vorgängers; seine Rechtspersönlichkeit erstreckt sich auf das neue Gebiet.

торыя не находятся ни подъ чьимъ суверенитетомъ. Въ этомъ случаѣ ему никто и ничто не мѣшаетъ—при соблюденіи нѣкоторыхъ формальныхъ условій—распространять свою власть ad infinitum. Пріобрѣтеніе совершается посредствомъ оккупаціи, которая есть не что иное, какъ расширеніе границъ государственнаго властвованія, передвиженіе ихъ по такой плоскости, гдѣ юридическихъ препятствій къ этому не имѣется. Но разъ тотъ или иной клочокъ земли, та или иная область находится уже подъ властью субъекта международнаго права, объ оккупаціи уже рѣчи быть не можетъ, и расширеніе государственныхъ правомочій ratione loci возможно только при условіи согласія территоріальнаго владѣльца. Лишь на основаніи соглашенія, явнаго или молчаливаго, возможно сокращеніе одного государства и расширеніе другого на счетъ перваго. Эта правовая фигура носитъ техническое названіе *цессіи* или *уступки*.

Наконецъ, мыслимы—и на практикѣ весьма часто бываютъ — такіе случаи, когда одно государство, разрушивъ власть или суверенитетъ другого, само себя подставляетъ, такъ сказать, на его мѣсто. Мы говоримъ тогда о *завоеваніи*—debellatio.

Къ этимъ тремъ титуламъ сводятся въ конечномъ анализѣ всѣ т. наз. „способы“ пріобрѣтенія территоріальнаго верховенства [1]).

---

[1]) Въ отечественной литературѣ г. Симсономъ, назв. соч., стр. 131, сдѣлана была попытка свести и цессію и завоеваніе къ понятію оккупаціи. Разсуждаетъ г. С. слѣдующимъ образомъ: при всякой территоріальной уступкѣ государство А, цедентъ, обязывается дерелинквировать извѣстную область, которая вслѣдствіе этого становится nullius. Государство В., поэтому, въ правѣ ею завладѣть на томъ же самомъ основаніи, на какомъ оно оккупировало бы любую никому не принадлежащую территорію. При этомъ, если оно будетъ медлить, любое третье государство В — можетъ его предупредить и занять означенную область. Та же самая конструкція примѣнима, будто бы, и къ debellatio.

Подобная постановка вопроса представляется. на нашъ взглядъ въ корень неправильною. На самомъ дѣлѣ, тогда какъ оккупація понятіе простое и исчерпывающееся моментомъ распространенія государственнаго верховен-

§ 106. Подробное изложеніе этихъ способовъ, равно какъ и анализъ тѣхъ сложныхъ отношеній, которыя вызываются территоріальными измѣненіями, составитъ предметъ второго тома настоящаго изслѣдованія. Всѣ эти вопросы чрезвычайно мало изучены и давно ждутъ монографической всесторонней обработки, основанной на публицистической, чуждой цивильныхъ элементовъ конструкціи понятія территоріи. Въ послѣдующихъ главахъ мы попытаемся разобраться въ ученіи о послѣдствіяхъ территоріальныхъ пріобрѣтеній и дать входящимъ въ его составъ многосложнымъ вопросамъ надлежащее теоретическое освѣщеніе. Здѣсь же мы ограничимся немногими соображеніями общаго характера относительно внѣшней структуры упомянутыхъ титуловъ [1]).

Остановимся сперва на оккупаціи.

Здѣсь мы имѣемъ дѣло съ распространеніемъ государственной власти на такую территорію, которая до того не находилась ни подъ чьимъ верховенствомъ. Съ политической, публично-правовой точки зрѣнія данная область должна быть res nullius, т. е. въ ея предѣлахъ не должно упражнять власти ни одно изъ цивилизованныхъ государствъ, входящихъ въ составъ международнаго общенія и признаваемыхъ субъектами международнаго права. Имѣется ли въ этой территоріи вообще какое-либо политическое устройство — совершенно безразлично: важно лишь то, чтобы она не составляла части владѣній какой-либо признанной державы. Понятіе territorium nullius, такимъ

ства, цессія, какъ явленіе сложное, складывается изъ двухъ элементовъ: изъ уступки, т. е. отказа со стороны цедента отъ своихъ державныхъ правъ, и расширенія пространственной компетенціи цессіонарія. Такимъ образомъ, если уступаемая территорія и принимаетъ характеръ res nullius, то только по отношенію къ этому послѣднему, для другихъ же государствъ она продолжаетъ составлять интегральную часть цедента вплоть до момента инкорпораціи ея цессіонаріемъ. Относительно завоеванія см. ниже, стр. 303 и слѣд.

[1]) Литературныя указанія будутъ сдѣланы во второмъ томѣ, въ соотвѣтствующихъ отдѣлахъ.

образомъ, представляется совершенно условнымъ, и наличность публичнаго строя въ завладѣемой территоріи, самъ по себѣ, препятствіемъ къ присоединенію этой послѣдней служить не можетъ. Всѣ пріобрѣтенныя права, съ которыми оккупантъ можетъ встрѣтиться, подлежатъ отмѣнѣ или сохраненію въ зависимости отъ его доброй воли [1]). Вмѣстѣ съ тѣмъ ему не приходится считаться съ правами какихъ бы то ни было третьихъ державъ: обитающіе никому не принадлежащія земли племена и народы не обладаютъ международною дѣеспособностью, а потому не могутъ ни сами обязываться, ни обязывать другихъ.

Изъ сказаннаго, далѣе, вытекаетъ, что оккупировать можетъ только государство — черезъ посредство своихъ органовъ или спеціально уполномоченныхъ на то лицъ. Какъ мы впослѣдствіи увидимъ, пріобрѣтать тѣ или другія права верховенства могутъ частныя лица и отъ своего имени и для себя; но подобнаго рода занятіе территоріи не лишаетъ ея свойства международной res nullius. Оккупаціи въ данномъ случаѣ нѣтъ, ибо таковая, являясь расширеніемъ завладѣвающаго государства, можетъ послѣдовать только при ясной и въ законной формѣ выраженной волѣ этого послѣдняго.

Наконецъ, оккупація должна быть эффективна. Оккупированная область включается въ составъ территоріи и становится частью государства. Она должна поэтому дѣйствительно сдѣлаться „ареной“ власти, а не номинально только быть причисленной къ владѣніямъ занявшей ее державы. Иначе расширенія государства не произойдетъ [2]).

---

[1]) Считаться съ ними, однако, оккупирующее государство обязано, ибо право есть явленіе, стоящее внѣ его и возникающее до него; ср. дальнѣйшее изложеніе.

[2]) Отсюда слѣдуетъ, что давность, какъ титулъ пріобрѣтенія незанятыхъ областей, представляется излишней. Разъ оккупація должна быть эффективна и разъ упражненіе власти не вызываетъ протеста ни съ чьей стороны, очевидно, что территорія есть res nullius. Съ другой стороны, оккупація, за ко-

Таковы, въ краткихъ чертахъ, юридическіе контуры института международной оккупаціи въ **современномъ** правѣ. Въ прежнее время завладѣніе, будучи построеннымъ по частной правовой схемѣ, основывалось на иныхъ предположеніяхъ. Но эволюція территоріальнаго верховенства, которая ознаменовала собой паденіе стараго режима и воцареніе новаго государства, отразилась и на этомъ институтѣ и придала ему совершенно иной характеръ.

§ 107. Другая юридическая картина получается при уступкѣ или цессіи. Здѣсь, одно государство расширяется на счетъ другого, которое, съ своей стороны, сокращается въ его пользу. Личность цессіонарія подставляется на мѣсто личности цедента, и власть послѣдняго замѣняется властью перваго. Отсюда вытекаетъ, что ни о какомъ преемствѣ правъ рѣчи быть не можетъ, такъ какъ цедентъ, строго говоря, ничего не „уступаетъ", а лишь сокращается, ограничиваетъ свою пространственную компетенцію [1]). По совершенно вѣрному замѣчанію **Фрикера**, государство никогда не является продолжающеюся личностью другого [2]); Пруссія, присоединившая Ганноверъ, Нассау и пр., осталась все той же Пруссіей, а не продолжательницей этихъ государствъ. Такимъ образомъ какихъ-либо правъ, присущихъ уступленной области по отношенію къ цессіонарію быть не можетъ, если, конечно, таковыя спеціально не стипулированы договоромъ

торой не послѣдовало дѣйствительнаго занятія, связаннаго съ распространеніемъ **государственной** дѣятельности, никогда не распространитъ территоріальнаго верховенства оккупанта на данную область, сколько бы времени ни прошло съ момента открытія области.

[1]) Это положеніе начинаетъ, за послѣднее время, находить себѣ все чаще и чаще признаніе въ литературѣ. См., напр., **Листъ**, назв. соч., стр. 189: „при производномъ пріобрѣтеніи правопреемство въ междугосударственныхъ правоотношеніяхъ наступаетъ только въ томъ случаѣ, если эти послѣднія локализированы съ абсолютнымъ дѣйствіемъ на территоріи государства". Ср. **Fricker**, Gebiet, etc., S. 76 ff. На этомъ вопросѣ мы подробно остановимся во II томѣ.

[2]) Loc. cit.

объ уступкѣ; — но и въ этомъ случаѣ истиннымъ субъектомъ ихъ явится сократившееся государство. Тѣмъ не менѣе, слѣдуетъ имѣть въ виду, что цессіонарій становится, въ новоприсоединенныхъ областяхъ, лицомъ къ лицу съ цѣлымъ комплексомъ уже ранѣе возникшихъ отношеній и пріобрѣтенныхъ правъ. Конечно, онъ можетъ ввести здѣсь свой правопорядокъ, но изданныя имъ нормы всетаки будутъ позднѣйшими законами, отмѣняющими ранѣе дѣйствовавшіе. Благодаря этому явится цѣлый рядъ крайне сложныхъ отношеній, касающихся какъ частнаго, такъ и публичнаго права въ широкомъ смыслѣ слова. Въ своемъ мѣстѣ мы постараемся ихъ систематизировать и возможно подробно изучить.

Основаніемъ всякой цессіи является соглашеніе. Обыкновенно проявляется оно въ видѣ писаннаго договора, регулирующаго подробности уступки. Но эта послѣдняя можетъ быть также послѣдствіемъ молчаливаго консенза. Такъ, напр., послѣ войны государство, занявшее какія-либо провинціи своего противника, остается ихъ полнымъ хозяиномъ вслѣдствіе фактическаго прекращенія военныхъ дѣйствій, безъ мирнаго договора. Пріобрѣтеніе (окончательное) данной территоріи будетъ несомнѣнно покоиться на соглашеніи воль обѣихъ державъ, хотя и молчаливо выраженномъ.

Самая форма, въ которую можетъ быть облечено соглашеніе, конечно, весьма различна. По внѣшнему виду она можетъ близко напоминать ту или другую изъ гражданско-правовыхъ сдѣлокъ, какъ-то мѣну, куплю-продажу и т. п. Но по существу — на этомъ вопросѣ мы уже останавливались — между частными сдѣлками и международноправовой цессіей лежитъ огромная пропасть: гражданское право регулируетъ перенесеніе собственности, международное устанавляетъ условія распространенія государственной власти на новыя области.

Поэтому цессія становится перфектной безъ всякой тра-

диціи, моментъ вступленія въ дѣйствіе договора объ уступкѣ есть вмѣстѣ съ тѣмъ и моментъ расширенія и сокращенія личности контрагентовъ [1]). Всякія постановленія договоровъ о передачѣ ключей городовъ, тѣхъ или другихъ актовъ и т. п. могутъ имѣть лишь символическое, обрядовое значеніе [2]), или же косвеннымъ образомъ установлять срокъ вступленія въ дѣйствіе договора. Но, сама по себѣ, традиція представляется формальностью, не имѣющей юридическаго характера: распространеніе власти можетъ совершиться и безъ нея [3]).

§ 108. Спорнымъ въ литературѣ представляется вопросъ о томъ, можетъ ли цессія имѣть своимъ предметомъ всю территорію какого-либо государства. При патримоніальномъ строѣ государственной жизни уступки однимъ княземъ другому всѣхъ своихъ владѣній случались довольно часто, но въ настоящее время подобныя самоубійства государства представляются несомнѣнной аномаліей. Тѣмъ не менѣе такіе

---

[1]) Въ прежнее время этотъ вопросъ составлялъ предметъ оживленной контроверзы, при чемъ за необходимость традиціи высказывалось большинство авторовъ. Изъ новѣйшихъ на этой точкѣ зрѣнія стоятъ еще Heffter, Völkerrecht, § 69, Bluntschli, Völkerrecht, § 286, Dudley-Field, Projet, etc., ch. IV, § 47, Rivier, Principes, I, p. 202 („pour que la souveraineté soit transférée de l'État cédant à l'État acquéreur, il faut qu'il y ait tradition et prise de possession, en vertu de la force même des choses, et conformément à la règle du droit romain, droit commun des nations européennes" (!)). Противъ традиціи высказываются теперь весьма многіе писатели, см., напр., Holtzendorff, Handbuch, II, § 58; Heimburger, op. cit., 127.

[2]) См., напр., конвенцію 25 ноября 1880 г., подробно устанавливающую порядокъ передачи Черногоріи города и участка Дульчиніо.

[3]) См. совершенно корректное, съ юридической точки зрѣнія, постановленіе ст. IV договора 18 апр. 1867 года объ уступкѣ россійскихъ сѣверо-американскихъ колоній: „Его Величество Императоръ Всероссійскій назначитъ въ возможно скоромъ времени уполномоченнаго или уполномоченныхъ для формальной передачи уполномоченному или уполномоченнымъ отъ Соединенныхъ Штатовъ вышеуступленныхъ: территоріи, верховнаго права и частной собственности со всѣми принадлежностями, и для всякихъ другихъ дѣйствій, которыя окажутся нужными по сему предмету. Но уступка съ правомъ немедленнаго вступленія во владѣніе, тѣмъ не менѣе, должна считаться полною и безусловною со времени обмѣна и ратификацій, не дожидаясь формальной передачи оныхъ".

случаи имѣются даже и въ новѣйшей практикѣ, такъ, напр., на основаніи договора 7 декабря 1849 г. князья Hohenzollern-Sigmarinen и Hohenzollern-Hechingen перенесли на короля прусскаго всѣ права суверенитета и управленія надъ ихъ владѣніями. И, заключеніе подобныхъ сдѣлокъ въ будущемъ, теоретически, представляется вполнѣ мыслимымъ.

Спрашивается, какъ должно быть конструируемо подобное публично-правовое negotium mortis causa? Возможно ли и здѣсь видѣть уступку, въ техническомъ значеніи слова, или же необходимо признать, что налицо имѣется какая-нибудь другая правовая фигура, какъ-то сліяніе двухъ государствъ воедино и образованіе новаго политическаго организма и т. п.?

Едва ли есть основаніе сомнѣваться въ томъ, что заключеніе договора объ уступкѣ всей территоріи не представляетъ изъ себя ничего противузаконнаго [1]). Правда, такой договоръ равносиленъ самоуничтоженію государства: но юридической силы это обстоятельство его не лишаетъ. Какихъ-либо конституціонныхъ или иныхъ препятствій современныя законодательства, сколько намъ извѣстно, въ себѣ не содержатъ. Съ конструктивной точки зрѣнія дѣло, такимъ образомъ, происходитъ такъ: подъ давленіемъ тѣхъ или другихъ обстоятельствъ государство рѣшаетъ прекратить свое существованіе какъ таковое и вступаетъ въ соглашеніе объ отдачѣ своей территоріи въ распоряженіе другой державы [2]). Во время заключенія договора несомнѣнно налицо имѣются два правоспособныхъ субъекта — цедентъ и цессіонарій; съ того момента, какъ договоръ сталъ перфектнымъ одинъ изъ нихъ—цедентъ—исчезаетъ. Послѣ присоединенія цессіонарій, конечно, договоромъ не связанъ, такъ какъ субъекта какихъ бы то ни было возможныхъ притязаній уже болѣе не

---

[1]) Ср. Fricker, Gebiet, etc. S. 87.

[2]) Здѣсь сама собою напрашивается аналогія съ отдачей себя въ кабалу.

имѣется; но законнымъ титуломъ присоединенія является именно соглашеніе, а не что-либо другое.

Это обстоятельство упускается изъ виду тѣми, которые отказываются видѣть въ уступкѣ всей территоріи истинную международноправовую цессію. Такъ, напр., Геймбургеръ находитъ, что о цессіи, въ данномъ случаѣ, потому не можетъ быть рѣчи, что въ моментъ перехода уступаемой территоріи во власть пріобрѣтателя уже не имѣется болѣе цедента. Поэтому происходитъ то же самое, что при debellatio, т. е. оккупація оказавшейся безхозяйной территоріи [1]). Объ этой конструкціи завоеванія мы скажемъ въ слѣдующемъ параграфѣ, теперь же замѣтимъ, что исчезновеніе цедента является послѣдствіемъ договора и что оно совпадаетъ съ распространеніемъ власти цессіонарія. На этомъ основаніи, можно въ данномъ случаѣ видѣть настоящую уступку, отличающуюся отъ обыкновенной только тѣмъ, что пріобрѣтеніе территоріи влечетъ за собою исчезновеніе одного изъ контрагентовъ.

Прежде чѣмъ покончить съ уступкой всей территоріи мы должны сказать нѣсколько словъ по поводу довольно оригинальнаго вывода, сдѣланнаго Гейльборномъ изъ возможности такого рода явленій.

По мнѣнію этого ученаго, упомянутыя сдѣлки доказываютъ, что территорія является объектомъ обладанія со стороны государства [2]). Однако, эта точка зрѣнія всецѣло покоится на патримоніальныхъ предпосылкахъ и какъ бы предполагаетъ, что территорія стоитъ внѣ государства (или, вѣрнѣе, правителя), оставляя лишь имущественное благо. Между тѣмъ, какъ мы неоднократно упоминали, никто не сомнѣвается нынѣ въ томъ, что территорія есть предѣлъ

[1]) Loc. cit., 134.

[2]) Loc. cit., 14: ist der Staat getrennt vom Gebiet, in der Beziehung des Subjekts zum Objekt zu denken, so muss er auch sein gesammtes Gebiet einem anderen Staate abtreten können.

властвованія—весь вопросъ сводится къ тому, обладаетъ ли она, сверхъ того, еще и качествомъ объекта. Такимъ образомъ, даже съ точки зрѣнія господствующей доктрины, территорія является элементомъ государства, такъ что съ уничтоженіемъ ея исчезаетъ и самый политическій организмъ. Это, впрочемъ, expressis verbis, признается и самимъ Гейльборномъ, который нѣсколько строкъ дальше совершенно правильно замѣчаетъ, что „tritt ein Staat sein gesammtes Gebiet einem anderen Staat ab, so geht er unter". Но если, это такъ, то совершенно непонятно, какимъ образомъ исчезновеніе самого государства доказываетъ объектную функцію территоріи; всякій изъ насъ можетъ лишиться всего принадлежащаго ему имущества, оставшись рѣшительно ни съ чѣмъ—но это ни въ какомъ случаѣ не повлечетъ за собою исчезновенія его личности. Какимъ же образомъ, съ указанной точки зрѣнія, отчужденіе территоріи,—равносильное самоубійству государства,—можетъ быть приравнено къ отчужденію какого-либо предмета?

§ 109. Переходимъ къ завоеванію. Существо этого способа заключается въ томъ, что государство, находясь въ состояніи войны съ другой державой, овладѣваетъ всей территоріей этой послѣдней. Предположеніемъ такого присоединенія является разрушеніе политической личности противной стороны и фактическое занятіе территоріи.

Такимъ образомъ по результатамъ своимъ этотъ способъ совпадаетъ съ добровольной уступкой всей территоріи, но отличается онъ отъ уступки тѣмъ, что основанъ не на договорѣ, а на фактическомъ уничтоженіи личности завоеваннаго государства, и это обстоятельство, въ свою очередь, даетъ основаніе возвести его въ особую, самостоятельную категорію.

Въ литературѣ конструкція завоеванія представляется чрезвычайно спорной и по настоящее время. Весьма часто она смѣшивается съ цессіей и ставится въ зависимость

отъ заключенія мирнаго договора [1]). Но при такихъ условіяхъ нѣтъ основанія считать debellatio особымъ способомъ пріобрѣтенія верховенства, тѣмъ болѣе, что, съ этой точки зрѣнія, она относится не ко всей территоріи пораженной державы, но и къ случаямъ частичной уступки ея.

Далѣе, многими писателями debellatio подводится подъ понятіе завладѣнія [2]). При этомъ ходъ ихъ разсужденія слѣдующій.

Благодаря несчастной войнѣ, политическій организмъ разрушенъ; сама территорія представляетъ изъ себя область, надъ которой нѣтъ болѣе власти, она обратилась въ res nullius, которая cedit primo occupanti. Такимъ primus occupans и является побѣдитель; ему ничто не препятствуетъ распространить свое владычество надъ лишенной хозяина территоріей, такъ какъ она подлежитъ захвату со стороны всякаго, кто сумѣетъ воспользоваться даннымъ положеніемъ вещей [3]).

Искусственность этого построенія бросается въ глаза. На самомъ дѣлѣ, кто можетъ опредѣлить моментъ исчезновенія государственной личности до завоеванія всей территоріи? Это исчезновеніе можетъ, несомнѣнно, совпасть только съ самимъ завоеваніемъ, о промежуточной стадіи рѣчи и быть не можетъ. Пока государство не присоединено, не слилось съ другимъ, оно существуетъ и res nullius изъ себя не представляетъ. Въ противномъ случаѣ всякая третья держава была бы въ правѣ захватить его территорію, не вызывая про-

---

[1]) О писателяхъ этого направленія см. Heimburger, loc. cit., 121.

[2]) См. Holtzendorff, Handbuch, II, S. 255, Anm. I; Heimburger, loc. cit., S. 127 ff; Salomon, De l'occupation, etc., p. 25; Adam, Völkerrechtliche Okkupation und deutsches Kolonialstaatsrecht, въ Archiv f. öff. Recht, VI, 1891, S. 199; Ullmann, Völkerrecht, S. 192; ср. Rivier, Principes, I, p. 182.

[3]) Heimburger, loc. cit.; . . . der gesammte Staatsorganismus ist aufgelöst, das Land mit seinen Bewohnern ist nicht nur machtlos, sondern eigentlich staatenlos, d. h. im völkerrechtlichen Sinne herrenlos. Als herrenloses Gebiet fällt es unter die Gebietshoheit des ersten Okkupanten.

теста со стороны побѣдителя. Въ 1866 г. значитъ, былъ такой промежутокъ времени, когда Россія или Франція, напр., могли, на законномъ основаніи, присоединить себѣ Франкфуртъ, Ганноверъ, Нассау, Кургессенъ, при чемъ Пруссіи пришлось бы только, сложа руки, созерцать картину этой своеобразной „оккупаціи". Но на подобную пассивную роль, конечно, не согласится ни одна держава, несшая всѣ тягости войны и доведшая своего противника до положенія „res nullius".

Такимъ образомъ уничтоженіе личности завоевываемаго государства происходитъ не ранѣе присоединенія его побѣдителемъ. При этомъ самое присоединеніе можетъ послѣдовать только тогда, когда фактически сломлено политическое устройство побѣжденнаго и побѣдитель дѣйствительно можетъ распоряжаться въ пріобрѣтенной территоріи какъ полновластный хозяинъ. Только при этихъ условіяхъ побѣдитель въ правѣ разсчитывать на санкцію совершившихся событій со стороны другихъ державъ [1]).

---

[1]) Поэтому объявленіе Англіей Оранжевой Республики и Трансвааля британскими колоніями въ 1900 г., въ самый разгаръ военныхъ дѣйствій, было совершенно незаконно. Дальнѣйшія событія доказали всю призрачность этого „завоеванія", получившаго фактическое значеніе лишь полтора года спустя. Ср. Despagnets, Chronique des faits internationaux, въ Rev. gén. de dr. intern. public, 1901, p. 603 et suiv.

Изъ новѣйшихъ писателей самостоятельное значеніе за debellatio признаютъ: Rivier, loc. cit.; Despagnets, loc. cit.; v. Stengel въ Annalen des deutschen Reichs, 1889, S. 40. и нѣк. др.

Цѣна **2** руб.

Складъ изданія при юридическомъ книжномъ складѣ „ПРАВО", С.-Петербургъ, Загородный проспектъ, 2.